

Die Wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften

Fedor Nierhaus

=

1961

DIE WECHSELSEITIGE BETEILIGUNG VON AKTIENGESELLSCHAFTEN

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

F e d o r N i e r h a u s

1 9 6 1

Referent: Prof. Dr. Dr. Alfred H u e c k

Correferent: Prof. Dr. Hermann K r a u s e

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1961



V O R W O R T

Die vorliegende Arbeit behandelt das Problem "wechselseitiger Beteiligungen" von Aktiengesellschaften im Gesellschaftsrecht. Sie versucht zunächst eine Lösung der bei dieser Form der kapitalmäßigen Verflechtung von Aktiengesellschaften auftretenden Rechtsfragen im Rahmen des geltenden Aktien- und Konzernrechts zu geben. Da, wie sich zeigen wird, eine direkte Anwendung der konzernrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes auf bestimmte Gestaltungen wechselseitiger Beteiligungen auszuscheiden hat, das Problem wechselseitiger Beteiligungen mit dieser Feststellung aber nicht sein Bewenden haben kann, ist die entscheidende Frage im wesentlichen die, ob und gegebenenfalls wie durch Rechtsanwendung praeter legem ein Weg gefunden werden kann, der Begründung wechselseitiger Beteiligungen und der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte aus ihnen schon nach geltendem Recht zu begegnen, ohne gleichzeitig die Konzernsystematik des geltenden Aktienrechts völlig aufzugeben.

Sodann wird die wechselseitige Beteiligung systematisch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten untersucht. Es werden ihre Gefahren aufgezeigt und demgegenüber die Frage gestellt, ob die für sie geltend gemachten rechts- und wirtschaftspolitischen Rechtfertigungsgründe ihre gesetzliche Anerkennung zulassen können, oder ob Ausgangspunkt einer Gesetzesänderung lediglich die erkannten Gefahren sein sollten. Abschließend werden dann die verschiedenen Reformvorschläge, namentlich die des Referenten- und des Regierungsentwurfs, behandelt. Ihrer kritischen Betrachtung folgt die Skizzierung eigener Vorschläge.

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	<u>Seite</u>
Vorwort	III
Inhaltsübersicht	IV
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Schrifttumsverzeichnis	IX
§ 1 BEGRIFF	1
§ 2 ARTEN UND ABGRENZUNG	2
I. Arten	2
II. Abgrenzung	4
III. Anhang	6
1. Steuerrechtlich beachtliche wB	6
2. WB bei GmbH und Personengesellschaften	7
§ 3 BEISPIELE	8
§ 4 DIE WB UND DAS GELTENDE AKTIENRECHT UNTER BERÜCK- SICHTIGUNG DER RECHTSLAGE VOR 1931 BZW. 1937	18
I. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des AktG 1937	18
1. Das HGB von 1897	18
2. Die Aktienrechtsnovelle vom 19.9.1931	18
3. Rechtsprechung	19
4. Das Schrifttum	24
5. Die wB in rechtspolitischen Äußerungen inner- halb der Reformbestrebungen vor 1937	29
6. Exkurs: Das Schrifttum zur Einheitstheorie	32
II. Die Rechtslage nach Inkrafttreten des AktG 1937	35
1. Das AktG	35
a) Bestimmung der Begriffe "Konzern" und "Konzernunternehmen"	35
b) Neue gesetzliche Bestimmungen für Abhängigkeitsverhältnisse	35
c) AktG und Einheitstheorie	36
d) Bestimmungen über wB	37
aa) Begriff wB	37
bb) WB denknöwendig vorausgesetzt	37
cc) Ausführungen der Amtlichen Begründung	38
dd) Allgemeine Unzulässigkeit wB (Marsilius, Winter)?	39
ee) Die Ansicht der Iduna-Entscheidung positives Aktienrecht?	51
ff) Ergebnis	54

2. Die wB und die Konzernatbestände des Aktiengesetzes	54
a) Die Begriffsmerkmale von § 15 AktG	54
aa) Voraussetzungen beherrschender Einflußnahme	55
bb) Ausschluß der Abhängigkeit durch Vereinbarungen	59
cc) Einheitliche Leitung	65
b) Die möglichen Gestaltungen wB und ihre Subsumption unter die Konzernatbestände des AktG	66
aa) Keine der Beteiligungen gewährt für sich allein beherrschenden Einfluß	66
bb) Das eine Unternehmen hat bei wB das Übergewicht	66
cc) Die wB sind gleich oder ungefähr gleich hoch und gewähren, für sich allein betrachtet, beide beherrschenden Einfluß	69
dd) WB und einheitliche Leitung	69
c) Die wB sind gleich oder ungefähr gleich hoch	70
aa) Fragestellung	71
bb) Grundzüge der gegensätzlichen Auffassungen	71
cc) Die verschiedenen Auffassungen im einzelnen	73
1) Die Iduna-Entscheidung und das ihr folgende Schrifttum	73
2) "Gegenseitige Abhängigkeit" wegen der Undurchsichtigkeit des Tatbestands?	77
3) Die Ableitung "gegenseitiger Abhängigkeit" aus einheitlicher Leitung?	80
4) Der Versuch Hefermehl's, die Möglichkeit "gegenseitiger Abhängigkeit" zu begründen	85
5) "Gegenseitige Abhängigkeit" bei gegenseitiger Verständigung (Winter)?	106
6) Anwendung von § 114 VI auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen mittels einer den "Zweck" dieser Bestimmung berücksichtigenden Auslegung (Mestmäcker) und die Möglichkeit einer analogen Anwendung dieser Bestimmung	109
7) "Gegenseitige Abhängigkeit" und "Unternehmen-an-sich" (Würdinger)	117
8) Analoge Anwendung von § 114 VI auf wB im Falle "wirtschaftlicher Zusammenarbeit" oder "Identität der Verwaltungen" auch wenn die wB für sich betrachtet nicht zur Beherrschung ausreichen (Winter)	119
9) Die Einwände Boesebeck's gegen eine Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen - namentlich § 114 VI - auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen	126
20) Zusammenfassung	132

§ 5	RECHTSPOLITISCHE BEDENKEN GEGEN WB	135
I.	Gefahren WB für das Grundkapital	135
	1. Die wechselseitige Übernahme von Aktien	135
	2. Der wechselseitige Erwerb von Aktien	140
	3. Mißbräuchliche Benutzung der Erwerbsmöglichkeit	145
	4. Die Anerkennung einer ungefährlichen WB	146
II.	Die wechselseitige Ausübung des Stimmrechts und das Problem des Verwaltungsstimmrechts	146
	1. Die Verschiebung des Kräftespiels bei Ausübung des Stimmrechts durch sich verständigende Verwaltungen	146
	2. "Konzernmäßige WB" erst bei maßgeblicher Höhe der Beteiligung und damit Notwendigkeit der gegenseitigen Verständigung	148
	3. Beschränkung der Zulässigkeit WB auch aus dem Gesichtspunkt der Kräfteverschiebung	152
	4. Die rechtspolitische Bewertung des Konzernstatbestandes "WB" im Schrifttum	153
III.	Zusammenfassung	156
IV.	Anhang: WB und Unternehmen an sich	158
§ 6	RECHTS- UND WIRTSCHAFTSPOLITISCHE GRÜNDE ZUR RECHTFERTIGUNG WB	164
	1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	165
	2. Schutz vor Überfremdung	166
	3. WB als Grundlage für wirtschaftliche Zusammenarbeit?	166
	4. Die WB als "partielle Verschmelzung"?	167
	5. WB als Mittel zur Verflechtung zwischen in- und ausländischen Unternehmen	168
	6. Besonderes Bedürfnis für WB in der Versicherungswirtschaft?	169
§ 7	REFORMVORSCHLÄGE	171
	1. Verbot jeder Beteiligung zwischen Unternehmen (Müller-Erzbach)	171
	2. Einführung eines an den Besitz der Stimmenmehrheit anknüpfenden Konzernbegriffes	172
	3. Einführung eines Begriffes "gegenseitiger Abhängigkeit"	173
	4. Verhältnismäßige Zurechnung mittelbar eigener Aktien (Boesebeck)	176
	5. Der Vorschlag von Winter	178
	6. Die Anwendung des Rechtsgedankens von § 33 II GmbHG auf die Begründung WB	180
§ 8	REGIERUNGS- (UND REFERENTEN-) ENTWURF	181
	1. Übersicht	181

2. Die Begriffsbestimmung "wechselseitig beteiligter Unternehmen"	182
3. Beschränkung neu entstehender wB	191
4. Die Anwendung der Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen auf neu entstehende wB	197
5. Beschränkungen bereits bestehender wB	211
6. Mitteilungspflicht	218
7. Berichts- und Auskunftspflichten	219
8. Zusammenfassung und eigene Vorschläge	222

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AG	= Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) und die Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
BankArch	= Bankarchiv
BB	= Der Betriebsberater
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BStBl.	= Bundessteuerblatt
DB	= Der Betrieb
DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJT	= Deutscher Juristentag
DR	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DZuWZ	= Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung
EG	= Einführungsgesetz
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
gegS	= gegenseitig
gegSB/V	= gegenseitige Beteiligung/Verflechtung
GmbH-Rdsch.	= Rundschau für GmbH
HV	= Hauptversammlung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KartRdsch.	= Kartellrundschau
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien
KStG	= Körperschaftsteuergesetz
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RBewG	= Reichsbewertungsgesetz
RefE	= Referentenentwurf eines Aktiengesetzes 1958
RegE	= Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes 1960
RGBI.	= Reichsgesetzblatt
RCZ o. RGE	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SozPrax.	= Soziale Praxis
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz
StuW	= Steuer und Wirtschaft
Volkswirt	= Der Volkswirt
w	= wechselseitig
wB/V	= wechselseitige Beteiligung/Verflechtung
WTr.	= Der Wirtschaftstreuhänder
Z.Ak.f.dtsch.R.	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZBH	= Zentralblatt für Handelsrecht
ZKredW	= Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen

S C H R I F T T U M S V E R Z E I C H N I S

- A d l e r, Hans, "Gibt es zwischen Aktiengesellschaften eine gegenseitige Abhängigkeit (§ 226 Abs. 4 HGB)?" WTr 1936, S. 214.
- A d l e r - D ü r i n g - S c h m a l t z, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl. Stuttgart 1957.
- B a l l e r s t e d t, Kurt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949.
- B ä r m a n n, Johannes, Die rechtliche Stellung der Tochtergesellschaften, Berlin 1934.
- B a u m b a c h - H u e c k, Aktiengesetz, 10. Aufl., München und Berlin 1959.
- , Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Aufl., München und Berlin 1957.
- B o e s e b e c k, Ernst, "Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften. Entgegnung auf die Ausführungen von Hefermehl "Betrieb" 1955, S. 304".
DB 1955, 401 bis 404.
- , "Die wechselseitige Verflechtung von Aktiengesellschaften", ZKredW 1956, 766 bis 769.
- , "Regelung der wechselseitigen Beteiligung im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes" BB 1959, 15 bis 19.
- B r a u n v o n S t u m m, Die Dachgesellschaft im Aufbau der deutschen Konzerne , Stuttgart, Berlin 1941.
- B r o d m a n n, Erich, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 2. Aufl., Berlin 1930.
- B ü h l e r, Ottmar, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1956.
- E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- E n g i s c h, Karl, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1959.
- E s s e r, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- F i s c h e r, C.E., Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, AcP, Bd. 154, S. 85 ff.
- , Die Reform des Aktiengesetzes, AcP, Bd. 154, S. 181 ff.
- F l u m e, Werner, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1959.
- F r i e d l a n d e r, Heinrich E., Konzernrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1954.
- F u c h s - G e r l o f f, Die konsolidierte Bilanz, Köln 1954.
- G e i l e r, Karl, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts 1927 - Bericht erstattet vor dem Enquêteausschuß, 3. Arbeitsgruppe des I. Untersuchungsausschusses.
- v. G i e r k e, Julius, Handelsrecht und Schiffsfahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1959.
- G o d i n - W i l h e l m i, Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950.

- G r o ß k o m m e n t a r zum AktG, herausgegeben von Rob. Fischer, Klug, W. Schmidt, Weipert unter Mitarbeit von Meyer-Landrut, 2. Aufl., Berlin.
- H a c h e n b u r g, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin 1956/ 1959.
- H a n d b u c h der deutschen Aktiengesellschaften 1959/60 und 1960/61.
- H a u p t - R e i n h a r d t, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952.
- H a u ß m a n n, Fritz, Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923.
- , Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926.
- , Vom Aktienwesen und Aktienrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.
- H e f e r m e h l, W., "Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften", DB 1955, 304 bis 307.
- H u e c k, Alfred, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1959.
- I s a y, Rudolf, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.
- K l u g, Ulrich, Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin, Göttingen und Heidelberg 1958.
- K r o p f f, Wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes, DB 1959, 15 bis 19.
- L e h m a n n, J. - H i r s c h, Verordnung über Aktienrecht, 2. Aufl., Mannheim 1932.
- L i e f m a n n, Robert, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 5. Aufl., Jena 1931.
- M a r b u r g e r, A u s s p r a c h e zur Aktienrechtsreform, Marburg 1959.
- M a r s i l i u s, Georg, "Wechselseitige Aktienbeteiligung", ZKredW 1957, 363.
- M a t t h e s, Gottfried, Aktienrecht (Textausgabe), Berlin 1937.
- M e s t m ä c k e r, Ernst-Joachim, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958.
- M ü l l e r - E r z b a c h, Rudolf, Das private Recht der Mitgliedschaft, Weimar 1948.
- P a s s o w, Richard, Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft im Lichte der Wirtschafts-Enquête, Jena 1930.
- P r i t z k o l e i t, Kurt, Wem gehört Deutschland, Wien, München, Basel 1958.
- R a d b r u c h, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., herausgegeben von K. Zweigert, Stuttgart 1952.
- R a s c h, Harold, Deutsches Konzernrecht, 1. Aufl. 1944 und 2. Aufl. Köln und Berlin 1955.
- , Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht, Gutachten für den 42. DJT, Bd. I 3, Tübingen 1957.
- , Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960.
- R a t h e n a u, Walter, Vom Aktienwesen - eine geschäftliche Betrachtung, Berlin 1917.
- R i t t e r C. - R i t t e r J., Aktiengesetz, 2. Aufl. Berlin und München 1939.

- R o s e n d o r f f, Richard, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1927.
- , Das neue deutsche Aktienrecht, Berlin 1932, 2. Aufl. von "Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen?".
- R u t h, R., Eigene Aktien und Verwaltungsaktien, Berlin 1928.
- S c h i l l i n g, Wolfgang, "Konzernfragen" JZ 57, 531.
- S c h l e g e l b e r g e r - Q u a s s o w s k i u.a., Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1939.
- S c h l e g e l b e r g e r - Q u a s s o w s k i - S c h m ö l d e r, Verordnung über Aktienrecht, Berlin 1932.
- S e r i c k, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin und Tübingen 1955.
- S t a u b - P i n n e r, Vorschriften der Verordnung über Aktienrecht, Nachtrag zur 12. und 13. Aufl. des Kommentars zum HGB von Staub, Berlin und Leipzig 1932.
- S t r a u ß, Walter, Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, T ü b i n g e n 1960.
- T e i c h m a n n - K o e h l e r, Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950.
- T o e p l i t z, Heinrich Theodor, Begriff und Wesen der abhängigen Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Diss., Breslau 1937.
- T r u m p l e r, Hans, Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950.
- W a c h, Adolf, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I, 1885.
- W e g w e i s e r durch die deutschen Aktiengesellschaften, herausgegeben von der Bayerischen Hypotheken und Wechselbank 1959 und 1960.
- W e r g e h ö r t z u w e m, Mutter- und Tochtergesellschaften von A bis Z, herausgegeben von der Commerzbank.
- W i n t e r, Heinz, Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, Köln 1960.
- W ü r d i n g e r, Hans, Aktienrecht, Karlsruhe 1959.
- , Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Referat auf dem 42. DJT, Bd. II/F, Tübingen 1959.

Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften

§ 1

B e g r i f f

Sind zwei AG mit gleichen, annähernd gleichen oder auch ungleichen Prozentsätzen des Grundkapitals aneinander beteiligt, so ist der Tatbestand einer "gegenseitigen" oder "wechselseitigen Beteiligung" gegeben. Es wird auch der Begriff "wechselseitige" oder "gegenseitige Verflechtung" verwendet. Diese Bezeichnungen des Tatbestandes sind die üblichen. Teilweise werden aber auch davon abweichende Begriffe zur Bezeichnung dieses Tatbestands gebraucht. So spricht Schilling¹ von "Überkreuzverschachtelung". Trumpler² spricht zwar von "gegenseitiger" Beteiligung, um den hier in Frage stehenden Tatbestand zu bezeichnen, nimmt dagegen "Wechselseitigkeit" von Beteiligungen an, wenn die AG A an der AG B, diese an der AG C und diese wieder an der AG A beteiligt ist. Winter³ spricht bei Tatbeständen dieser Art von "mittelbarer" wB. Sie werden aber besser als Dreiecks- oder Zirkularbeteiligungen oder -verhältnisse bezeichnet⁴. Nicht um wB im Sinne des hier verwendeten Begriffes handelt es sich - wie das Adler-Düring-Schmaltz⁵ meinen - wenn an zwei AG die gleichen Aktionäre im gleichen Beteiligungsverhältnis beteiligt sind. Es wird hier besser von zwei- oder mehrfachen⁶ oder mehrseitigen⁷ Beteiligungen gesprochen.

1) Schilling, Wolfgang, "Konzernfragen" JZ 57, 531.

2) Hans Trumpler, Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950, S. 365.

3) Heinz Winter, Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, Köln 1960, S. 5/6.

4) Oder "Ringbeteiligungen" wie Trumpler sie aaO auch nennt.

5) Adler-Düring-Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1957, § 128 TZ 132.

6) So Harold Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., Köln-Berlin 1955, S. 50.

7) So Heinrich E. Friedlaender, Konzernrecht, 2. Aufl., 1954, Berlin und Frankfurt, S. 67.

A r t e n u n d A b g r e n z u n g

I. Arten

1. Nach der Höhe einer Beteiligung (durch die das Maß des durch eine Beteiligung möglichen Einflusses bestimmt wird) können wir allgemein folgende Beteiligungen unterscheiden, die auch bei wB bestehen können:

a) Minderheitsbeteiligungen, die je nach Höhe verschiedene Rechte gewähren. Dabei ist die sog. Sperrminorität von besonderer Bedeutung, die gegeben ist, wenn die Beteiligung die Verhinderung bestimmter wichtiger eine Drei-Viertel-Mehrheit erforderlicher HV-Beschlüsse zuläßt.

b) Beteiligungen, die die einfache Stimmenmehrheit darstellen, wobei zu beachten ist, daß es auf die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ankommt (§ 113 AktG) und nicht auf die vorhandenen Stimmen, so daß in der Regel Beteiligungen von weniger als 51 % zur einfachen Stimmenmehrheit führen.

c) Beteiligungen, die die qualifizierte Mehrheit darstellen, d.h. eine Mehrheit, "die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt" (z.B. § 146 I 1 AktG) und die die Herbeiführung bestimmter wichtiger Beschlüsse in der Hauptversammlung ermöglichen.

d) Schließlich Beteiligungen von 100 %, bei denen man von einer Einmanngesellschaft spricht.

Alle diese möglichen Beteiligungen sind ohne weiteres auch wechselseitig möglich. Es sind wechselseitige Minderheits-, Mehrheitsbeteiligungen (einfache oder qualifizierte) und "wechselseitige Einmanngesellschaften"⁸ denkbar. Es können sich endlich auch Beteiligungen verschiedener Höhe gegenüberstehen, so etwa eine Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung einer qualifizierten Mehrheitsbeteiligung oder einer solchen von 100 %.

2. Die Beteiligung als kapitalmäßige Verknüpfung von Kapitalgesellschaften, d.h. als Mittel der Zusammenfassung von Unternehmen verstanden, heißt die Frage stellen, wann man von einer konzernmäßigen Beteiligung⁹ sprechen kann.

8) Wie es nahezu im Iduna-Fall zutraf, vgl. unten S. 8/9. Ob wB in dieser Höhe oder auch nur als Mehrheitsbeteiligungen nach geltendem Recht noch zulässig sind, ist eine andere Frage.

9) Schlegelberger-Quassowski u.a., Aktiengesetz, 3. Aufl. Berlin 1939, Anm. 16 zu § 15.

- a) Schon der Besitz einer Aktie ist als Beteiligung, aber auch nur im "ursprünglich juristischen Sinn" ¹⁰ anzusprechen (§ 1 AktG) und nicht im konzernmäßigen Sinn. So ist etwa eine wB von 1%, 5% oder sogar 10% als solche sicher kein Tatbestand einer konzernmäßigen "wechselseitigen" Beteiligung.
- b) Von einem engeren Begriff der "Beteiligung" geht dagegen das AktG in den §§ 131, 132 aus. Man spricht von einer Beteiligung im Sinne des Bilanzrechts ¹¹. Sie ist dann gegeben, wenn die Beteiligung eine auf Dauer berechnete Einflußnahme eines Unternehmens auf ein anderes vermitteln soll. Sie wird vermutet (§ 131 A II 6 AktG) für Aktien oder Anteile eines Unternehmens, die 25 % des Grundkapitals erreichen, kann aber auch bei Anteilen von weniger als 25 % angenommen werden. Eine solche "Beteiligung" ist in der Bilanz gesondert auszuweisen, ebenso ihre Erträge. Eine solche Beteiligung, auch wenn sie wechselseitig gegeben ist, kann, muß aber noch nicht eine "konzernmäßige" Beteiligung darstellen.
- c) Von einer konzernmäßigen Beteiligung spricht § 15 II AktG ¹². Eine Beteiligung ist danach dann eine "konzernmäßige", wenn sie "beherrschenden Einfluß" vermittelt. Bei Tatbeständen wB bedeutet das, daß, wenn die Beteiligung der einen der wechselseitig verflochtenen Gesellschaften oder auch die beider beherrschenden Einfluß gewährleisten (sofern "wechselseitig beherrschender Einfluß" rechtlich und praktisch möglich ist), man von konzernmäßiger wechselseitiger Verflechtung sprechen kann.
- Sollte sich erweisen, daß wechselseitiger "beherrschender" Einfluß (etwa bei einer wB von 50 %) rechtlich nicht möglich ist, / so bestehen doch keine Bedenken, diese wB als eine "konzernmäßige" Beteiligung anzusprechen, d.h. eine Zusammenfassung von Kapitalgesellschaften durch Beteiligung anzunehmen, wenn auch keine "konzernmäßige" Beteiligung im Sinne von § 15 II AktG vorläge.
- Gegenüber der Beteiligung im nur bilanzrechtlichen Sinn, für die "eine auf Dauer berechnete Interessen- und Einflußnahme" ¹³ genügt, wird also für die "konzernmäßige Beteiligung" im Sinne des § 15 II AktG ein "beherrschender Einfluß" gefordert.

10) Rasch aaO S. 41

11) Rasch aaO S. 41/42; Schlegelberger aaO Anm. 14, 15 zu § 131; Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950, Anm. 3 b zu § 131.

12) Rasch aaO S. 42.

13) Rasch aaO

d) Eine "konzernmäßige Beteiligung" liegt alsdann vor - auch bei wB - wenn sie die Grundlage für eine Zusammenfassung von Unternehmen "unter einheitlicher Leitung" bildet, § 15 I AktG ¹⁴. Von der Beteiligung als Grundlage für die Zusammenfassung von Unternehmen zu einem Konzern im Sinne des § 15 I AktG sind ersichtlich weitergehende Einflußmöglichkeiten zu verlangen, als nötig sind, um von einer Beteiligung im nur bilanzrechtlichen Sinn zu sprechen.

Mit diesen Ausführungen sollte die wB unter die möglichen Formen von Unternehmenszusammenfassungen eingegliedert werden. Unter diesem Gesichtspunkt erhält die wB ihre Bedeutung. Dabei handelte es sich der Natur der Sache nach um eine Ortsbestimmung im Bereich der Unternehmenszusammenfassungen kraft dinglichen Rechts. Damit soll nicht gesagt sein, daß die durch w "B" verbundenen Unternehmen nicht daneben auch schuldrechtlich verknüpft sein können, es sogar häufig sein werden ¹⁵.

3. Ein anderer übergeordneter Gesichtspunkt bei der Einteilung von Unternehmenszusammenfassungen ist der der Koordination und Subordination, d.h. auf Zusammenfassung von Unternehmen durch "Beteiligung" bezogen, die Einteilung in Koordinationsverhältnisse, bei denen die durch Beteiligung verbundenen Unternehmen gleichberechtigt sind, und Subordinationsverhältnisse, bei denen die verbundenen Unternehmen im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander stehen. Diese Unterscheidung wird bei der Frage der Subsumption wB unter die Konzerntatbestände des AktG entscheidend zu beachten sein ¹⁶.

II. Abgrenzung

Nach dieser begriffsbestimmenden Einordnung der wB in die Formen der Unternehmenszusammenschlüsse - nach dem Maß des durch die Beteiligung möglichen Einflusses in formaler Hinsicht (Minderheits-, Mehrheitsbeteiligung) sowie in "konzernmäßiger" Hinsicht

14) Rasch aaO.

15) Vgl. etwa die wB zwischen der Allianz-Versicherungs-AG und der Münchener Rück-Versicherungs-AG, unten S.15 ff.

16) Es wird sich erweisen, daß w ungefähr gleich hoch beteiligte Unternehmen, bei denen nicht ein Unternehmen zusätzliche andere Mittel der Beherrschung besitzt, sich nicht in einem Subordinationsverhältnis, sondern allenfalls in einem Koordinationsverhältnis befinden können.

und nach der Stellung der Unternehmen in einem Zusammenschluß zueinander (Ko- und Subordination) - soll die wB begrifflich noch abgegrenzt werden von der

1. indirekten Beteiligung ¹⁷: sie ist gegeben, wenn die Gesellschaft A an der Gesellschaft B, diese an der Gesellschaft C beteiligt ist. Sind die Beteiligungen "beherrschende", so kann A auch unmittelbar beherrschend auf C einwirken.

2. Dreiecks- und Zirkularverhältnissen ¹⁸: ersteres liegt vor, wenn in dem Beispiel zu 1. die Gesellschaft C noch an A beteiligt ist. Bei Zirkularverhältnissen wären etwa C an D und D wieder an A beteiligt. Sie sind auch verbunden denkbar mit "internen" wB.

3. Zwei- und mehrfache Beteiligungen ¹⁹: sie liegen vor, wenn zwei oder mehrere Unternehmen an einer Gesellschaft beteiligt sind. Sie sind auch wechselseitig als wB von zwei Gruppen von Unternehmen aneinander denkbar.

Dabei liegt Unternehmereinheit zwischen zwei oder mehr Gesellschaften vor, wenn an ihnen die gleichen Gesellschafter im gleichen Verhältnis beteiligt sind und einheitliche Willensbildung und Betätigung der Gesellschafter gegeben ist ²⁰.

Zwischen den eine Unternehmereinheit bildenden Unternehmen müssen keine wB bestehen. Unternehmereinheit ist eine Form der Unternehmenszusammenfassung im Verhältnis der "Nebenordnung gleich Unabhängigkeit" ²¹, wenn auch zwischen dem Unternehmer bzw. den Unternehmern und den Unternehmensteilen Abhängigkeit besteht.

Der oben (unter 3.) erwähnte denkbare Fall, daß zwei Gruppen von Unternehmen w aneinander beteiligt sind, daß etwa die Gesellschaften A und B je 50 % der Anteile von C und D und diese umgekehrt je 50 % der Anteile von A und B besitzen, würde sich als eine Verbindung von wB und Unternehmereinheit darstellen ²².

17) Vgl. Rasch aaO S. 47/48.

18) Vgl. oben S. 1 und Fußn. 4.

19) Vgl. oben S. 1 und Fußn. 6 und 7.

20) Vgl. Rasch aaO S. 237; Köhler BB 59, 518 zum Urteil des BFH vom 26.2.59 (BB 59, 442 ff).

21) So BFH vom 8.2.55 (BB 55, 280; BStBl. III 1955 S. 113).

22) Man ist versucht, hier von "wechselseitiger Unternehmereinheit" zu sprechen.

III. Anhang

1. Steuerrechtlich beachtliche wB

Nach der Frage, wann von einer "konzernmäßigen" Beteiligung, insbesondere wB, gesprochen werden kann, deren Beantwortung in allgemein abgrenzenden Begriffserläuterungen versucht worden ist, ist noch die Frage nach der steuerrechtlich beachtlichen Beteiligung und insbesondere wieder wB zu stellen.

a) So bleiben die auf Schachtelbeteiligungen entfallenden Gewinnanteile bei der Körperschaftssteuer außer Ansatz, § 9 I KStG (entsprechendes gilt im Vermögenssteuerrecht, § 60 RBewG). Eine Schachtelbeteiligung liegt vor, wenn "eine (unbeschränkt steuerpflichtige) Kapitalgesellschaft nachweislich seit Beginn des Wirtschaftsjahres ununterbrochen an dem Grund- oder Stammkapital einer anderen (unbeschränkt steuerpflichtigen) Kapitalgesellschaft in Form von Aktien, Kuxen oder Anteilen mindestens zu einem Viertel unmittelbar beteiligt" ist (§ 9 KStG, gleichlautend § 60 RBewG). Bei w 25-prozentiger Beteiligung kommt beiden Gesellschaften damit das Schachtelprivileg zugute.

b) Ist die Beteiligung Grundlage für die finanzielle Eingliederung eines Unternehmens in ein anderes, also Grundlage für ein Organverhältnis (dessen Anerkennung über die finanzielle noch die wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung voraussetzt), so liegt in der steuerlichen Anerkennung der Organschaft die steuerrechtliche Beachtung eines durch Beteiligung geschaffenen Unternehmenszusammenschlusses. Da die Anerkennung der Organschaft, die die Anerkennung einer gewissen steuerrechtlichen Einheit der durch sie verbundenen Unternehmen bedeutet ²³, an das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses weitgehender Natur (vgl. § 212 Ziff. 2 UStG: "wenn eine juristische Person dem Willen eines Unternehmers derart untergeordnet ist, daß sie keinen eigenen Willen hat") geknüpft ist, läßt sich für Unternehmenszusammenschlüsse durch wB folgendes feststellen: handelt es sich um wB zwischen einer herrschenden und einer abhängigen Gesellschaft (§ 15 II AktG) unter Aufrechterhaltung der Subordination, so ist die Anerkennung einer Organschaft bei Vorliegen der über die "Abhängigkeit" erforderlichen weiteren Voraussetzungen möglich. Handelt es sich aber um wB koordinierter Gesellschaften, Gesellschaften also im Verhältnis der Gleich-

23) So Friedlaender aaO S.187; Rasch aaO S. 291 ff.

ordnung, so fehlt es schon am Vorliegen einer einem anderen Unternehmen untergeordneten Organgesellschaft ohne eigenen Willen. Sollte sich im Verlauf der späteren Untersuchung erweisen, daß durch WB zusammengefaßte Unternehmen als wirtschaftliche Einheit, als "Gesamtunternehmen" gesehen werden können, so würde doch diese Einheit steuerrechtlich nicht anerkannt werden, solange die Anerkennung steuerrechtlicher Einheit auf den Tatbestand eines Organschaftsverhältnisses, also eines Subordinationsverhältnisses beschränkt bleibt ²⁴.

2. WB bei GmbH und Personengesellschaften

a) Besitzt eine GmbH Geschäftsanteile einer anderen GmbH und diese wiederum Geschäftsanteile der an ihr beteiligten GmbH, so sind beide aneinander beteiligt. Ebenso können Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH w aneinander beteiligt sein.

b) Die Beantwortung der Frage, ob WB zwischen Offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften möglich sind, hängt davon ab, ob Gesellschafter einer OHG auch eine OHG sein kann (entsprechendes gilt bei der KG) ²⁵. Wird diese Frage im Hinblick auf § 124 HGB bejaht, so sind damit WB zwischen Personengesellschaften denkbar. Die Besonderheit einer solchen WB gegenüber WB zwischen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH ergibt sich aus folgender Überlegung: ist die OHG A Mitglied der OHG B und diese Mitglied der OHG A, so haften beide Gesellschaften wie auch deren Gesellschafter nach § 128 HGB für die Schulden der jeweils anderen Gesellschaft persönlich und unbeschränkt. Sind beide Gesellschaften jeweils vertretungsberechtigte Gesellschafter der anderen Gesellschaft, so sind diejenigen Gesellschafter der beiden Gesellschaften, die bei ihnen Vertretungsmacht besitzen, auch jeweils vertretungsberechtigt bei der anderen Gesellschaft ²⁶.

24) So der Sache nach BFH aaO Fußn. 21

25) Vgl. Alfred Hueck, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1959, S. 53.

26) Die gegen WB vorgebrachten Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung würden wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter gegen WB zwischen Offenen Handelsgesellschaften nicht bestehen; ebenso nicht die Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Verwaltungsstimmen.

c) Denkbar sind ebenso wB zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften, etwa einer GmbH und einer OHG. Die GmbH haftet hier als Gesellschafter gemäß § 128 HGB für die Schulden der OHG, neben dieser, ihr Geschäftsführer ist auch für die OHG vertretungsberechtigt. Die OHG dagegen ist nur Gesellschafter der GmbH und haftet wie deren Gesellschafter.

Der von Boesebeck ²⁷ gebrachte theoretische Fall, daß eine GmbH mit einem Kapital von DM 500.000.- als einziges Vermögen eine Kommanditeinlage bei einer KG in dieser Höhe besitzt und sich nunmehr die Gesellschafter der GmbH an der KG als Kommanditisten beteiligen und ihre GmbH-Geschäftsanteile von DM 500.000.- als Kommanditeinlage einbringen, würde eine wB zwischen einer GmbH und einer KG darstellen ²⁸.

§ 3

B e i s p i e l e

Es sollen in diesem Kapitel zunächst Fälle wB angeführt werden, die in der deutschen Wirtschaft bestanden haben und die durch Schrifttum oder Rechtsprechung bekanntgeworden sind. Sodann sollen einige Fälle maßgeblicherer wB gebracht werden, deren Bestehen heute bekannt ist.

Der bekannteste Fall wB ist der des Iduna-Versicherungskonzerns. Es ist gleichzeitig der einzige Fall ungefähr gleich hoher wB, der zur Entscheidung eines höchsten deutschen Gerichts stand (RGZ 149, S. 305 ff) ²⁹.

Die Einzigartigkeit dieses Tatbestands lag darin, daß die aneinander beteiligten Gesellschaften, die Iduna-Germania Allgemeine Versicherungsaktiengesellschaft und die Iduna-Germania Lebensversicherungsaktiengesellschaft jeweils voneinander nahezu das gesamte Aktienkapital besaßen. Es besaß die I.G.A. 94,61 % des Aktienkapitals der I.G.L. und diese umgekehrt 94,70 % des Aktienkapitals der I.G.A.. Es lag also ein Extrem von Verschachtelung vor. Die Vorstände beider Gesellschaften waren dazu noch nahezu

- 27) Boesebeck, Die wechselseitige Verflechtung von Aktiengesellschaften, ZKredW 1956, 766 ff, 769.
- 28) Hiergegen würden wieder - was die GmbH betrifft - Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung bestehen.
- 29) wB zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften standen in RGE 103, 46; 108, 41; 115, 246 zur Entscheidung des Reichsgerichts.

identisch. Der Aufsichtsratsvorsitzende beider war dieselbe Person. Zu dieser wB kam es auf folgende Weise: ³⁰ Zwischen den Verwaltungen der Holding-Gesellschaft des Idunakonzerns und der I.G.A. und I.G.L., die zu diesem Konzern gehörten, kam es im Jahre 1931 zu Unstimmigkeiten. Von November 1931 bis März 1932 erfolgte schließlich die wirtschaftliche Trennung der I.G.A. und der I.G.L. von der Holding, die durch einen Vergleich (vom 11./14. Juni 1932) endgültig festgelegt werden sollte. Im Zug der Trennungsmaßnahmen erwarben die I.G.L. und die I.G.A. die wechselseitige Aktienmehrheit.

Zu dem Rechtsstreit, der zu der Entscheidung des Reichsgerichts führte, kam es dadurch, daß die ehemalige Holding in der ordentlichen Generalversammlung der I.G.A. unter anderem beantragte, zu beschließen - unter Hinweis auf § 226 HGB - daß die Aktien der I.G.L. nicht stimmberechtigt seien und die ablehnenden Beschlüsse mit Klage anfocht. Die Klage hatte auch in der Revision keinen Erfolg. Auf die Entscheidung des RG wird später eingegangen.

Im deutschen Schrifttum wurden Fälle wB schon früh erwähnt. Rosendorff ³¹ nennt als Beispiel für "effekten-kapitalistische Beteiligungen" in der Form gegenseitiger Beteiligungen den Zusammenschluß zwischen der AEG Allgemeinen Elektrizitätsgesellschaft und den Linke-Hoffmann-Lauchhammerwerken. Er wurde derart durchgeführt, daß beide Gesellschaften eine Kapitalerhöhung vornahmen und jede der beiden Firmen 30 Mill. Aktien der anderen zu dauerndem Besitz erwarb. Das Bewertungsverhältnis AEG zu Linke-Hoffmann wurde im Verhältnis 2 : 5 bemessen. Die hierdurch entstandene Wertdifferenz wurde in bar ausgeglichen. Außerdem fand ein gegenseitiger Austausch von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern statt. Nach Rosendorff sind die Hauptgründe, die zu diesem Zusammenschluß geführt hätten, die Berührungspunkte im Lokomotivenbau und Maschinenbau gewesen, sowie die Möglichkeiten, durch gemeinsame Ausnützung der großen Auslandsorganisation der AEG Ersparnisse zu machen.

Auch von Liefmann ³² werden Fälle wB genannt. Er erwähnt Verflechtungen dieser Art in der Bankwirtschaft, der Mühlenbauindustrie, der Kali- und chemischen Industrie (zB Greffenius-Konzern

30) Es wird hier dem Tatbestand von RGE 149, 305 ff gefolgt.

31) Richard Rosendorff, Die rechtliche Organisation der Konzerne, Berlin 1927, S. 21.

32) Robert Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften, 5.Aufl., Jena, 1931, S.80, 108 ff.

Reiniger-, Gelbert-, Schall-Konzern, Burbach-Konzern) und betrachtet sie im Zusammenhang mit der von ihm untersuchten "Effektensubstitution".

Fälle wB aus der Vorkriegszeit werden im neueren Schrifttum noch von Trumpler³³ erwähnt.

Er führt den Fall des Dierig-Konzerns an. In diesem besaß "die ursprüngliche Dachgesellschaft Debag (Kapital 28 Mn. M) die Mehrheit der Konzernglieder Dierig (Kapital 20 Mn. M) und Hammersen (Kapital 16 Mn. M), während die Dierig AG wiederum an der Hammersen AG und die Hammersen AG an der Dierig und Debag beteiligt waren. Die wechselseitige Verschachtelung wurde dadurch gelöst, daß die Debag ihr Vermögen als Ganzes unter Ausschluß der Liquidation auf die Dierig AG gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft im Verhältnis 1 : 1 übertrug, die ihrerseits aufgrund des Umwandlungsgesetzes vom 5.7.1934 das gesamte Kapital der Hammersen AG übernahm. Das Grundkapital Dierig AG betrug danach 23,5 Mn. M gegen insgesamt 64 Mn. M des bisherigen Konzerns".

Trumpler erwähnt weiter, daß im Salzdetfurth-Konzern die Salzdetfurth-Gesellschaft die Aktienmajorität in Westeregeln Kali und Kali Aschersleben hatte, während bei den letzteren beiden Gesellschaften je zur Hälfte die Aktienmajorität von Salzdetfurth lag.

Aus der Konzernpraxis der Gegenwart sind nur wenige wB bekannt. Das Schrifttum³⁴ erwähnt einige Fälle, jedoch sind genauere Angaben über die Anzahl der gegenwärtig bestehenden wB mangels entsprechender gesetzlicher Publizitätsvorschriften nicht zu machen. Aus der Wirtschaftspresse, dem von der Bay.Hyp.Bank herausgegebenen "Wegweiser durch die deutschen Aktiengesellschaften"³⁵ sowie der von der Commerzbank herausgegebenen Materialsammlung "Wer gehört zu wem"³⁶ sowie dem "Handbuch der deutschen Aktiengesellschaften"³⁷ lassen sich jedoch einige Fälle wB entnehmen.

33) aaO S. 365/366.

34) Ernst-Joachim Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, S. 115 Fußn. 280; Winter aaO S. 4 ff.

35) Ausgabe 1959 und 1960, im Folgenden "Wegweiser".

36) 3. Aufl. (1957) und 4. Aufl. (1959), im Folgenden "Wer gehört zu wem".

37) Darmstadt 1959/60 und 1960/61, im Folgenden "Handbuch".

So waren wechselseitig (oder mehrseitig) die Gewerkschaften Michel, Vesta, Leonhardt und Gute Hoffnung, die zur Michel-gruppe gehören, aneinander beteiligt. Die vier Gewerkschaften, die ihr Vermögen in Mitteldeutschland verloren hatten - Zentrum der Michel-Gruppe war Halle - und im wesentlichen nur noch über ihre westdeutschen Beteiligungen an der Niederrheinischen Bergwerks-AG, Neukirchen (die Gewerkschaften Michel, Leonhardt und Vesta besitzen je 28,8 %, zusammen also 86,4 % von 14,7 Mill. DM Grundkapital) und an dem Braunkohlenbergwerk Neurath AG, Neurath (zusammen 100 % des Grundkapitals von 15 Mill. DM) verfügten, dienten als Holding der Michel-Gruppe. Die vier Gewerkschaften hatten je 1.000 Kuxe ausgegeben, von denen sich 2.227 in gegenseitigem Eigenbesitz befanden, so daß nur etwa 1.800 Kuxe in Umlauf waren, die im wesentlichen in den Händen von zwei Großaktionärsfamilien gewesen sein sollen. Bei dem "gegenseitigen Besitz" (im weitesten Sinn verstanden) handelte es sich um Ringbeteiligungen und um "wB" im "engen" Sinne. Die den Gewerkschaftenversammlungen der vier Gewerkschaften vorgeschlagenen Ausschüttungen wurden nur an die Gewerkschaften verteilt, die ihren Anspruch geltend machten. Das dürfte (nach der als Informationsquelle benutzten Frankfurter Allgemeinen) bedeutet haben, daß die Gegenseitigkeitsbeteiligungen ohne Ausbeute blieben. Die vier Grubenvorstände amtierten in Personalunion. Die Michel-Gruppe ist neuerdings in Entflechtung begriffen ³⁸.

Wechselseitig beteiligt waren die Beteiligungs-AG Ruhrort, Duisburg und die Franz Haniel & Cie. GmbH (ca. 28 % früher? 42 % - ca. 51 %). Die Beteiligungs-AG war mit einem Aktienkapital von 5,2 Mill. DM die kleinste unter den Nachfolgesellschaften der alten Gutehoffnungshütte Aktienverein gewesen. Ihre Tätigkeit beschränkte sich darauf, ihre Beteiligung an der Handels- und Schiffahrtsgesellschaft Franz Haniel & Cie. GmbH zu verwalten. Diese Gesellschaft erhöhte 1955 ihr Stammkapital von 10 auf 15 Mill. DM. Die alten Gesellschaften übernahmen die neuen Anteile, die Beteiligungs-AG gegen Hingabe von eigenen Aktien. Franz Haniel & Cie. GmbH ist dadurch in den Besitz der Aktienmehrheit der Beteiligungs-AG gekommen ³⁹.

- 38) FAZ vom 6.7.55 und Kurt Pritzkolet, Wem gehört Deutschland, Wien-München-Basel 1958 S. 339/340; Winter aaO S. 6; zur Entflechtung der Michel-Gruppe vgl. Die Welt vom 19.12.58 und vom 9.10.59 und FAZ vom 17.9.59.
- 39) Handbuch 59/60; Wegweiser 1959; Wer gehört zu wem 1959; FAZ vom 27.7.55.

Diese WB besteht gegenwärtig nicht mehr ⁴⁰.

Wechselseitig mit mehr als 50 % ihres Garantiekapitals sind die Kolbermoor-Union-GmbH und die Baumwollspinnerei Kolbermoor-AG beteiligt ⁴¹.

Eine WB (allerdings nicht mit Mehrheitsbeteiligung) liegt vor zwischen der Hugo Stinnes-GmbH und der Hugo Stinnes Reederei AG Hamburg (X - 28,4 %) ⁴².

Die Deutsche Libbey-Owens-AG besitzt die Majorität der Bergwerksgesellschaft Dahlbuch, die ihrerseits an der ersteren mit 33,33 % beteiligt ist ⁴³.

Eine WB zwischen einer inländischen Aktiengesellschaft und einer ausländischen Gesellschaft ist gegeben bei der WB zwischen der Metallgesellschaft-AG, Frankfurt a.M. und der Schweizerischen Gesellschaft für Metallwerte, Zürich (30 % - 16,07 %) ⁴⁴, sowie bei der durch Aktientausch geschaffenen WB zwischen der Siemens-GmbH, Eisenfeld und der International Computer & Tabulators Ltd., London bzw. deren Tochtergesellschaft ⁴⁵.

Ob diese WB mit der fortschreitenden Integration der europäischen Wirtschaft begründet werden ⁴⁶, ist nicht bekannt. In diesem Zusammenhang wird heute zum Teil die Ansicht vertreten, daß Unternehmenszusammenschlüsse von Unternehmen verschiedener Länder auf der Grundlage wV der Schaffung abhängiger Unternehmen vorzuziehen seien, da letztere als "Ausländer" angesehen werden können und damit die Gefahr einer Diskriminierung bestehe ⁴⁷. Auf die Berechtigung dieses Vorbringens wird später einzugehen sein.

Wohl im Hinblick auf den Iduna-Fall, sowie den 1954 einer breiten Öffentlichkeit durch den in der Form einer Pressekampagne ausgetragenen Streit zwischen dem Bankhaus Merck, Finck & Co. und der Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft (sowie der Münchener Rückversicherungs-Aktiengesellschaft) bekannt gewordenen Fall der WB zwischen der Allianz Versicherungs-Aktiengesellschaft und der Münchener Rückversicherungs-Aktiengesellschaft wird der Ver-

40) Durch HV-Beschluß v.8.12.59 hat sich die Beteiligungs-AG aufgrund des Gesetzes v.12.11.56 in der Weise umgewandelt, daß ihr Vermögen mit sämtlichen Aktiven und Passiven ohne Liquidation auf die Franz-Haniel & Cie. GmbH übertragen wurde. Die Firma der Gesellschaft ist erloschen. Vgl. Handbuch 1960/61 Nachtrag.

41) Winter aaO S. 5; Wegweiser 1960; Wer gehört zu wem 1959, Handbuch 1959/60.

42) Winter aaO S. 5; Wer gehört zu wem 1957. Die Beteiligung der Hugo Stinnes-GmbH ist aber inzwischen an eine andere Stinnes-Gesellschaft abgegeben worden, vgl. Wer gehört zu wem 1959.

43) Wegweiser 1960, Wer gehört zu wem 1959, Winter aaO S. 5.

44) Wegweiser 1960.

45) FAZ vom 22.4.1960.

46) Wie Winter aaO S. 7 das für den zweiten Fall annimmt.

sicherungswirtschaft eine besondere Neigung für wechselseitige Verflechtungen nachgesagt ⁴⁸. Adler-Düring-Schmaltz ⁴⁹ sprechen sogar davon, daß der Fall einer 95%igen wB in der Versicherungswirtschaft "häufig" vorkomme. Sicher trifft diese letzte Behauptung nicht zu ⁵⁰; so wurde aus Kreisen des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft darauf hingewiesen, daß tatsächlich nur in vier Fällen Versicherungsunternehmen wechselseitig mit mehr als 20 % des Grundkapitals beteiligt seien ⁵¹. Dieser Hinweis erscheint zutreffend.

Die vier gemeinten Fälle wB von je über 20 % Anteilsbesitz sind die folgenden: 52

- a) Allianz-Versicherungs-AG und Münchener Rückversicherungs-AG mit einer wB von ca. 30 %;
- b) in der sog. "Rheinischen Gruppe": die Aachener und Münchener Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, Aachen, mit einer Beteiligung von 38 % an der Aachener Rückversicherungs-Gesellschaft, Aachen, die ihrerseits 28,58 % der Anteile der Aachener und Münchener Feuer hält ⁵³;
die Colonia Kölnische Versicherungs-AG, Köln, mit einer Beteiligung von mehr als 47,5 % der Aktien der Rückversicherungs-AG Colonia, Köln, die ihrerseits über 25 % der ersteren Gesellschaft besitzt ⁵⁴;
- c) in der "Agrippina-Gruppe": die Agrippina-Versicherungs-AG, Köln ⁵⁵, mit einer Beteiligung von etwa 33,7 % der Aktien der Kölner Lloyd Allgemeine Versicherungs-AG, Köln, die ihrerseits 26 % der Aktien der Agrippina-Versicherungs-AG besitzt ⁵⁶.

47) Hinweis bei Kropff, Die wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes, DB 1959, 15 ff, 15.

48) Hinweis bei Kropff aaO.

49) aaO § 128 TZ 132.

50) So auch Kropff aaO Fußn. 6 unter Hinweis auf die in Fußn. 51 angeführte Stellungnahme.

51) "Verflochtene Assekuranz gegen Konzentration", Der Volkswirt, 1958, 2227.

52) Quellen die drei erwähnten (Fußn. 35/37) Aktienhandbücher.

53) Prozentzahlen nach Wegweiser 1960.

54) Prozentzahlen nach Wer gehört wem 1959. Pritzkolet aaO S. 261, 266 nimmt wohl zu Unrecht an, daß die Colonia 95 % annähernd der Aktien der Rückversicherungs-AG besitzt.

55) Die Gesellschaft ist durch Fusion der Agrippina-See-, Fluß- und Landtransport-Versicherungs-AG (mit der früher die wB des Kölner Lloyd bestand) und der Agrippina Allgemeinen Versicherungs-AG gebildet worden.

56) Prozentzahlen nach Wegweiser 1960.

Hinzu kommen sowohl bei der "Rheinischen Gruppe", wie bei der "Agrippina-Gruppe" einige "wB" geringfügiger Höhe, bei denen sich entweder auf beiden Seiten niedrige Beteiligungen gegenüberstehen oder höheren Beteiligungen niedrige, relativ bedeutungslose Beteiligungen gegenüberstehen ⁵⁷.

In diesen Zusammenhang gehört auch die wB der National Allgemeine Versicherungs-AG, Lübeck und der Stettiner Rückversicherungs-AG, Lübeck (68 % - 14,63 %), zweier der Rheinischen Gruppe nahestehender Gesellschaften (die National Allgemeine steht zu 25 % im Besitz der Rückversicherungs-AG Colonia).

Dazu kommen außerhalb dieser Gruppen noch die wB zwischen der Magdeburger Feuerversicherungs-Gesellschaft, Hannover, und der Magdeburger Rückversicherungs-Aktiengesellschaft (83 % - 15,414%), zwischen der Mannheimer Versicherungsgesellschaft und der Mannheimer Lebensversicherungsgesellschaft-AG (90,10 % - 10 %), zwischen der Württembergischen Feuerversicherungs AG und der Allgemeinen Rentenanstalt Lebens- und Rentenversicherungs-AG (ca. 48 % - 13 %), zwischen der Nürnberger Lebensversicherungs-AG und der Nürnberger Grundstücks- und Verwaltungs-AG (100 % - x %); bei dem zuletzt genannten Fall handelt es sich aber nicht um wB zwischen Versicherungs-Gesellschaften ⁵⁸.

Aus der Versicherungswirtschaft werden in erster Linie Gründe der Versicherungsaufsicht zur Rechtfertigung wechselseitiger Verflechtungen angeführt. Da nur bestimmte Versicherungssparten in einer Gesellschaft betrieben werden dürfen, sei es notwendig, "Unternehmenskomplexe" zu schaffen, um den Versicherungsnehmern umfassende Angebote machen zu können ⁵⁹. Dabei ermögliche die wB eine Zusammenfassung, die nicht zur Abhängigkeit einer der beiden Gesellschaften führte. Im einzelnen wird auf diese Rechtfertigungen später im Rahmen rechtspolitischer Ausführungen eingegangen. Die angeführten Fälle wB in der Versicherungswirtschaft lassen die Feststellung zu, daß die Versicherungswirtschaft mehr als andere Zweige der Wirtschaft zu wB neigt, obwohl diese als Mittel kapitalmäßiger Verknüpfung gegenüber Dreiecks- und Zirkularverhältnissen, indirekten und mehrfachen Beteiligungen in diesem Wirtschaftszweig eine geringere Rolle spielt.

57) Vgl. die Schaubilder bei Pritzkolet aaO S. 261, 277.

58) Nach Wegweiser 1959.

59) "Verflochtene Assekuranz gegen Konzentration" aaO.

Verflechtungen dieser letztgenannten Arten sind in der Versicherungswirtschaft verbreitet, wie es insbesondere das Beispiel der "Rheinischen Gruppe" und der "Agrippina-Gruppe" zeigt ⁶⁰.

Auf diese beiden Gruppen sowie die Allianz-Gruppe soll an dieser Stelle noch kurz eingegangen werden, soweit möglich unter Hervorhebung der Bedeutung der vier in diesen Gruppen festgestellten höheren WB innerhalb der konzernmäßigen Zusammenfassung der jeweiligen Gruppe durch Beteiligungen.

Die Beteiligung zwischen der Münchener Rückversicherungs-AG (im folgenden kurz Münchener) und der Allianz-Versicherungs-AG (im folgenden kurz Allianz) ⁶¹ entwickelte sich aus dem ursprünglich zwischen der Münchener und der Allianz bestehenden Mutter - Tochterverhältnis. Die Münchener hatte 1889 die Allianz gegründet. Bis zum Jahr 1940 war lediglich die Münchener an der Allianz mit etwa 30 % des Grundkapitals beteiligt, während umgekehrt die Allianz nur etwa 7,5 % des Grundkapitals der Münchener besaß. Die gegenseitigen Beziehungen der beiden Gesellschaften wurden schon früh (1917, 1921) durch Gemeinschaftsverträge festgelegt. Die Entwicklung der Allianz zum größten kontinentalen Direktversicherungsunternehmen, die nach dem ersten Weltkrieg vor sich ging und 1938 das bis dahin höchste Prämienaufkommen erreichte, führte dazu, daß die Allianz aus ihrer früheren Stellung als Tochter der Münchener herauswuchs. Diesen veränderten Verhältnissen sollte der 1940 geschlossene Gemeinschaftsvertrag Rechnung tragen. In ihm wurde festgelegt ⁶², daß der gegenseitige Aktienbesitz grundsätzlich paritätisch sein soll. Der Allianz wurde gestattet (obwohl dieser Ausdruck den tatsächlichen Verhältnissen kaum entsprach), ihren Besitz an Aktien der Münchener bis zur Parität von 30 % zu erhöhen. Der Münchener wurde es untersagt, ihren Besitz an Aktien der Allianz ohne deren Einwilligung zu erhöhen. Solange der w Aktienbesitz die Parität nicht erreichte, sollte die Münchener mit dem Mehrbetrag nicht gegen den Wunsch der Allianz abstimmen dürfen. Für den Fall, daß eine der beiden Gesellschaften beabsichtigte, mit ihren Aktien gegen die Anträge der jeweils anderen Verwaltung

60) Vgl. Fußn. 57.

61) Vgl. zum Folgenden Pritzkolet aaO S. 256 ff.

62) Eigene Information.

abzustimmen, wurde vereinbart, daß vorher ein engerer Aufsichtsratsausschuß der das Stimmrecht ausübenden Gesellschaft, dem der Vorstandsvorsitzende der anderen Gesellschaft angehören sollte, zuzustimmen hätte. Desweiteren wurde vereinbart, daß der Vorstandsvorsitzende jeder der beiden Gesellschaften Mitglied des Aufsichtsrats der anderen Gesellschaft sein soll. Weitere Bestimmungen sahen gegenseitige Unterrichtung und Anhörung vor. Die Arbeitsgebiete wurden voneinander abgegrenzt. Zur Zeit besteht ein w Aktienbesitz etwa in Höhe von 30 %. Die Vorstandsvorsitzenden sind Mitglied des Aufsichtsrats und des Aufsichtsratsausschusses der anderen Gesellschaft, ohne Vorsitzende dieser Organe zu sein. Beide Gesellschaften - Allianz und Münchener Rück - besitzen zusammen von einer Reihe von Versicherungsgesellschaften die Mehrheit bzw. das gesamte oder nahezu das gesamte Aktienkapital. Diese von beiden Unternehmen abhängigen Unternehmen ("mehrfache Abhängigkeit") oder beeinflussten Unternehmen besitzen keine Anteile der Allianz oder Münchener.

Diese so geschaffene Grundlage einer gleichberechtigten Zusammenarbeit (die rechtlich später zu würdigen sein wird) wurde 1954 zum Ansatzpunkt für einen in Form einer Pressecampagne ausgetragenen Streit zwischen dem Bankhaus Merck, Finck & Co und der Allianz und Münchener⁶³. Dieses Bankhaus, das bei der Gründung der Allianz 1890 rund 40 % des Aktienkapitals übernommen hatte, stellte bis 1945 jeweils den Vorsitzenden im Aufsichtsrat der Allianz. In der Zeit unmittelbar nach dem Krieg verlor Merck, Finck & Co diese Position. Das Bankhaus Merck, Finck vergrößerte durch Zukäufe seinen Bestand an Allianzaktien. Die Verwaltung der Allianz verweigerte - was ihr satzungsmäßig möglich war - die Umschreibung ihrer Namensaktien. Sie erklärte, daß die Gesellschaft verhindern wolle, daß bestimmte Gruppen größere Aktienpakete erwerben, und verlangte von den Käufern die Zusicherung, daß sie nicht im Auftrag solcher Gruppen handeln. 1954 trat dann das Bankhaus Merck, Finck & Co mit einem Aufruf an die Öffentlichkeit. Es verlangte die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung. Durch eine Satzungsänderung

63) FAZ v. 20.11.54 und 26.1.55; Die Zeit v. 3.2.55 Nr. 5; DZ und WZ v. 5.2.55 Nr. 10 (Reform der Aktie); "Münchener Lektion", ZKredW 1955, 118.

sollten die "Grundrechte der freien Aktionäre" gesichert werden. Unter anderem erklärte es, daß der nach dem Gemeinschafts-Vertrag bestehende gegenseitige paritätische Aktienbesitz von ca. 30 % es den Vorständen der beiden Gesellschaften ermögliche, unterstützt durch den Aktienbesitz ihrer Freunde, ihre eigenen Kontrollorgane, nämlich den Aufsichtsrat w selbst zusammen zu setzen und auch jeden anderen gewünschten Beschluß in der Hauptversammlung zu erzwingen. Die Bank beantragte eine Satzungsänderung, die gewährleisten sollte, daß das beiderseitige Stimmrecht aus dem Aktienbesitz beider Gesellschaften überhaupt oder zumindest bei der Wahl des Aufsichtsrats ruht, damit die Stimmen der freien Aktionäre nicht von vornherein zur Einflußlosigkeit verurteilt seien.

Die Parteien konnten sich vor der a.o. Hauptversammlung jedoch über alle strittigen Punkte einigen. In einer gemeinsamen Erklärung der Allianz, Münchener und des Bankhauses Merck, Finck & Co hieß es, daß Einigkeit darüber bestehe, daß das Stimmrecht aus dem w Aktienbesitz (je 30 %) bestehe und durch die Vorstände beider Gesellschaften ausgeübt werden könne.

Die Rheinische Gruppe ist nicht als Konzern im Sinne des AktG anzusprechen, wenn auch geschäftlich wohl eine enge Zusammenarbeit bestehen wird, die darin zum Ausdruck kommt, daß zahlreiche Führungsämter der Gruppe in den Händen weniger Persönlichkeiten vereinigt sind ⁶⁴.

Was die beiden in der Rheinischen Gruppe bestehenden bedeutenderen wB betrifft, so ist

die Aachener Rück eine Tochter der Aachen-Münchener-Feuer. Sie war ursprünglich, ohne einen eigenen Beamtenapparat zu besitzen, lediglich Rückversicherung der Mutter und als solche auch gegründet worden. Seit etwa 1895 ging sie geschäftlich selbständigere Wege, ohne jedoch die kapitalmäßigen und personellen (Aachener Rück und Aachen-Münchener haben den gleichen Aufsichtsratsvorsitzenden) Beziehungen zur Aachen-Münchener-Feuer zu lösen.

Die Rückversicherungs-AG Colonia ist 1879 als Tochterunternehmen der Colonia Kölnische Versicherung gegründet worden. Letztere besitzt 47,5% ⁶⁵ der Rückversicherungsaktien, die

64) Vgl. Pritzkoleit aaO S. 261 ff.

65) Pritzkoleit aaO S. 266 spricht von 95 %.

Rückversicherung etwa 25 % der Colonia-Aktien. Es besteht auch heute noch ein Mutter-Tochterverhältnis. Beide Gesellschaften haben den gleichen Aufsichtsratsvorsitzenden. Ein Mitglied gehört gleichzeitig beiden Aufsichtsräten an.

Bei der in der Agrippina-Gruppe bestehenden wB zwischen der Agrippina-Versicherungs-AG und der Kölner Lloyd Allgemeine Versicherung (ca. 30 % - ca. 25 %) scheint es sich um keine engere Verbindung zu handeln, als die bloßer geschäftlicher Zusammenarbeit. Ein Mitglied sitzt gleichzeitig im Aufsichtsrat beider Gesellschaften ⁶⁶. Ob ein tatsächliches Übergewicht der Agrippina See-, Fluß- und Landtransport mit ihrem erheblich höheren Prämieeinkommen besteht, ist dem Autor nicht bekannt.

§ 4

Die wB und das geltende Aktienrecht unter Berücksichtigung der Rechtslage vor 1931 bzw. 1937

I. Die Rechtslage vor Inkrafttreten des AktG 1937

1. Das HGB von 1897

Das HGB von 1897 kannte die Begriffe "abhängiges und herrschendes Unternehmen" nicht. Nach dem Gesetz war es einer Tochtergesellschaft also nicht verboten, Aktien ihrer Muttergesellschaft zu erwerben. Eigene Aktien "sollte" ein Unternehmen, wenn sie voll eingezahlt waren, nicht im "regelmäßigen Geschäftsbetrieb" erwerben, nicht voll eingezahlte "konnte" es nicht erwerben, § 226 HGB.

2. Die Aktienrechtsnovelle vom 19.9.1931 ⁶⁷

Die Aktienrechtsnovelle führte erstmalig anläßlich der Behandlung eigener Aktien die Begriffe "herrschende und abhängige Gesellschaft" in das deutsche Aktienrecht ein. Zweck war, die Umgehung der neu eingeführten Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien zu verhindern. Den Begriff des "Konzerns" prägte die Novelle noch nicht, führte jedoch in ihren bilanzrechtlichen

66) Pritzkolet aaO S. 276, 278.

67) Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht u. über eine Steueramnestie v. 19.9.31, RGBl. I S. 493.

Bestimmungen die Begriffe "Forderungen an und Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften" ein.

Eine "abhängige Gesellschaft" nach § 226 IV HGB war "eine Handelsgesellschaft, oder bergrechtliche Gewerkschaft", die "aufgrund von Beteiligungen oder in sonstiger Weise unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß einer AG oder KGaA steht". Sie durfte Aktien der herrschenden Gesellschaft nicht zeichnen und erwerben nur nach Maßgabe der für den Erwerb eigener Aktien vorgesehenen Bestimmungen des § 226 HGB (Abs. 1 bis 3). Die Wirksamkeit einer Zeichnung oder eines Erwerbs, sofern es sich um voll eingezahlte Aktien handelte, sollte jedoch durch einen Verstoß gegen diese Zeichnungs- und Erwerbsverbote nicht berührt werden (§ 226 IV, II HGB).

WB als Begriff kennt die Aktienrechtsnovelle von 1931 nicht, wenn auch die Bestimmungen des § 226 IV HGB "wB" logisch voraussetzen, indem diese Bestimmungen WB zwischen einer "herrschenden" und einer "abhängigen" Gesellschaft verhindern bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen zulassen und sie als dinglich wirksam behandeln wollen, sofern sie, wenn auch verbotswidrig, einmal begründet sind (Veräußerungsauflagen kennt weder die Novelle von 1931, noch das AktG von 1937).

Die Aktienrechtsnovelle brachte noch keinen Stimmrechtsaus-schluß für Aktien einer herrschenden im Besitz einer abhängigen Gesellschaft. Das Ruhen des Stimmrechts beschränkte die Novelle ausdrücklich auf das Stimmrecht aus eigenen Aktien ⁶⁸.

3. Die Rechtsprechung

a) Vor der Aktiennovelle von 1931 waren Fragen WB zwischen Gesellschaften nicht von entscheidender Bedeutung, da, wie ausgeführt, die Begriffe "abhängiges" und "herrschendes" Unternehmen dem HGB unbekannt waren und damit für "abhängige" Unternehmen auch keine besonderen Vorschriften aufgestellt waren.

68) Hefermehl, Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften, DB 1955, 304 ff, 306; Boesebeck, Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften (Entgegnung auf die Ausführungen Hefermehl "Betrieb" 1955 S. 304) DB 1955, 401 und Regelung der wechselseitigen Beteiligung im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, BB 1959, 15; Staub-Pinner, Kommentar zum HGB, Nachtrag zur 12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1932, Anm. 31 zu § 226; Flechtheim, Bankarchiv 1931, 15; aA Neufeld, JW 31, 3044.

Nichtsdestoweniger ergingen zu Fragen des Aktienerwerbs durch eine abhängige Gesellschaft und zur Ausübung des Stimmrechts aus solchen von einer abhängigen Gesellschaft erworbenen Aktien der sie beherrschenden Gesellschaft vor 1931 drei Entscheidungen des RG. Wenn auch die wB zwischen einer herrschenden und einer abhängigen Gesellschaft nur eine von verschiedenen Möglichkeiten wB darstellt, sind diese Entscheidungen doch von allgemeiner Bedeutung für das rechtliche Problem wB.

Bei allen drei Entscheidungen handelte es sich jeweils um die Frage, ob Aktien der herrschenden im Besitz einer abhängigen Gesellschaft "eigenen Aktien" der herrschenden gleichgestellt werden können.

RG 103, 64 ff (Urteil vom 21.Okt.1921) verneint zunächst das Stimmrecht aus Geschäftsanteilen, die sich im eigenen Besitz einer GmbH befinden, weil

"der Wille der Gesellschaft als solcher unmöglich mitbestimmend sein kann bei Beschlüssen, die gerade erst ergeben sollen, was die Gesellschaft will".

Wohl könne aber eine Tochtergesellschaft mit Aktien der Muttergesellschaft abstimmen, weil

"hier zur Geltung kommt, daß die Gesellschaft eigene, ihren Mitgliedern gegenüber selbständige Rechtspersönlichkeit besitzt. Nicht um Fragen der inneren Willensbildung der Gesellschaft handelt es sich hier, sondern um eine in der Abstimmung sich vollziehende nach außen gerichtete Willensbetätigung. Es ist die Ausübung des Rechts aus der Mitgliedschaft, die ganz unabhängig davon ist, wer zur Zeit Inhaber der Aktien oder Geschäftsanteile der abstimmenden Gesellschaft ist".

Das RG betont also in seiner Entscheidung die juristische Selbständigkeit der eine eigene Rechtspersönlichkeit bildenden Tochter. Es läßt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise keinen Raum.

RG 108, 41 ff (Urteil vom 18.Jan.1924) stellte sich in dem vielbesprochenen Neu-Staßfurt-Fall auf den Standpunkt der Einheits- oder Einheitlichkeitstheorie; es erklärte die Übernahme von Aktien durch zwei der AG überwiegend gehörenden Gewerkschaften für unzulässig, weil "das Vermögen der Übernehmer der Aktien wirtschaftlich mit dem der AG zusammenfalle".

"Von grundlegender Bedeutung ist der Umstand, daß die Kuxe der Gewerkschaften Neu-St. und Neu-St. II sich fast vollständig im Besitz der Beklagten befinden. Das hat zunächst zur Folge, daß zwar nicht unmittelbar, aber doch der Sache nach ein mit der Vorschrift des § 226 II 2 HGB in Widerspruch stehender Erwerb eigener nicht voll eingezahlter Aktien vorliegt. Denn wenn auch die

beiden Gewerkschaften äußerlich selbst Rechtspersönlichkeiten sind, so ist ihr Vermögen doch in Wahrheit Vermögen der Beklagten, so daß Zahlungen auf die - zur Verfügung der Beklagten stehenden - Aktien in Wahrheit aus Mitteln der Beklagten geleistet werden. Weiter ergibt sich aus diesem Verhältnis der Beklagten zu den beiden Gewerkschaften, daß eine Erhöhung des Grundkapitals, wie sie das Gesetz im Auge hat, überhaupt nur dem Namen nach stattgefunden hat. Zur Kapitalerhöhung gehört, daß durch die Ausgabe der Aktien neue Aktiven der Gesellschaft zugeführt werden. Daran fehlt es hier, weil das Vermögen der Übernehmer der Aktien wirtschaftlich mit dem der Beklagten zusammenfällt".

Die streng formalrechtliche Betrachtungsweise von RG 103,64 weicht also in RG 108,41 einer betont wirtschaftlichen. Das Prinzip der Selbständigkeit der juristischen Person ist weitgehend aufgegeben.

Diese Entscheidung wurde seinerzeit überwiegend, zum Teil sehr scharf abgelehnt⁶⁹.

RG 115, 246 ff (Urteil vom 19.Nov.1926) rückte dann auch von dieser Auffassung wieder ab und ging auf seine früheren Rechtsprechungen zurück ohne auf RG 108,41 näher einzugehen.

Es erachtet es also

"nicht für unzulässig, wenn Tochtergesellschaften (Anm.: AG oder GmbH), deren sämtliche Aktien oder Geschäftsanteile sich in den Händen derselben Mutter befinden (Anm.: wie es bei RG 103,63 der Fall war), sich bei der Abstimmung (Anm.: in der HV der Mutter) beteiligen.

Die mit den vorstehenden Ausführungen teilweise in Widerspruch stehende Auffassung im Urteil des erkennenden Senats in RGZ 108, 41 wird nicht mehr aufrechterhalten".

b) Unter der Herrschaft der Aktiennovelle von 1931 erging das Urteil des RGZ 149, 305 ff vom 19. Nov. 1935 zum Iduna-Fall.

Wie ausgeführt, waren zwei Versicherungsgesellschaften, die I.G.L. und die I.G.A. w aneinander mit fast 95 % des Aktienkapitals beteiligt (genau: 94,70 % - 94,61 %). Zur Entscheidung stand, ob die I.G.L. in der HV der I.G.A. mit ihrem Aktienbesitz von 94,70 % des Grundkapitals der I.G.A. abstimmen kann. Die Revision rügte, daß, wenn auch § 226 V HGB das Ruhen des Stimmrechts ausdrücklich nur bei "eigenen Aktien" anordne, es damit doch nicht zwingend ausgesprochen habe, daß "unter allen Umständen" eine abhängige Gesellschaft aus ihren Aktien abstimmen könne. In § 226 IV HGB habe der Gesetzgeber wirtschaftlichen Erwägungen gegenüber rein formal-rechtlichen den Vorzug

69) Vgl. unten S. 32 ff.

gegeben. Nach der Gleichstellung des Verbots des Erwerbs von Aktien der herrschenden durch die abhängige Gesellschaft mit dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien müsse angenommen werden, daß auch die Folgen, die an den verbotswidrigen Erwerb geknüpft seien, die gleichen hätten sein sollen, zumindest aber in den Fällen, in denen wirtschaftlich betrachtet eine vollständige oder nahezu vollständige Einheit zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft vorliege. § 226 V HGB lasse sehr wohl die Auslegung zu, daß bei wirtschaftlicher Personengleichheit der beiden Gesellschaften die im Besitz der abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden Gesellschaft eben "eigene" Aktien der herrschenden seien und deshalb das Stimmrecht ruhe.

Die Vorinstanz hatte "gegenseitige Abhängigkeit" angenommen, das Stimmrecht aber zugelassen.

Das RG wies die Revision zurück. Es ging zunächst auf die Frage der wechselseitigen Abhängigkeit ein:

"Dabei braucht zu der Frage keine Stellung genommen zu werden, ob wirklich bei der eigenartigen Verflechtung der beiden Gesellschaften - die g e g e n s e i t i g prozentual nahezu gleichen Aktienbesitz, fast dieselben Personen des Aufsichtsrats haben - von einer Abhängigkeit dergestalt die Rede sein kann, daß jede Gesellschaft unter dem b e h e r r s c h e n d e n Einfluß der anderen stünde, und ob nicht vielmehr gerade diese besondere Art der Verflechtung t a t s ä c h l i c h und der R e c h t s w i r k l i c h k e i t nach, auf die es ankommt, nicht sowohl ein einseitiges, wenn auch wechselseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern vielmehr gerade umgekehrt beiderseits den Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses, wie es § 226 IV HGB im Auge hat, zur Folge hatte. Dafür würde sprechen, daß eben keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen a u f z w i n g e n könnte, sie vielmehr umgekehrt gegenseitig auf eine Verständigung angewiesen wären, wie sie z.B. bei gleichgeordneten Konzerngesellschaften über die beiderseitigen Belange herbeigeführt werden muß".

Das RG hat zur Frage, ob bei dieser Art wB eine "wechselseitige Abhängigkeit" angenommen werden kann, nicht endgültig Stellung genommen. Seine Ausführungen lassen aber erkennen, daß es die tatsächliche und damit rechtliche (der Begriff der Abhängigkeit ist die rechtliche Umschreibung eines tatsächlichen Verhältnisses) Möglichkeit "wechselseitiger Abhängigkeit", wenn es darüber zu entscheiden gehabt hätte, wohl verneint hätte.

Das RG führt dann aus, daß das Stimmrecht aus wechselseitiger Beteiligung nach damaligem Recht auch dann bestehen würde, wenn man die "wechselseitige Abhängigkeit" bejahen würde.

Das Gesetz enthalte keine Bestimmung in der Richtung, daß das Stimmrecht der abhängigen Gesellschaft aus Aktien der herrschenden oder zumindest solchen, deren Erwerb gegen § 226 IV HGB verstoße, ruhen sollte. Das RG geht dabei davon aus, daß der Gesetzgeber eine solche Folge eines verbotswidrigen Erwerbs, wenn er sie gewollt hätte, unzweideutig zum Ausdruck gebracht hätte, zumal diese Frage mehrmals Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen war und zu Erörterungen im Schrifttum geführt habe.

Ebenso wie aus § 226 IV lasse sich aber auch nicht aus § 226 V HGB ein Ruhen des Stimmrechts folgern, da durch diese Bestimmung nur das Ruhen des Stimmrechts aus eigenen Aktien und solchen, die einem anderen (auch einer abhängigen Gesellschaft) für Rechnung der herrschenden Gesellschaft und damit der letzteren "wirtschaftlich" selbst gehörten. Es führt dann aus:

"Eine andere Beurteilung vermöchte allerdings vom Standpunkt der sogenannten Einheitstheorie Platz greifen zu, dh der Ansicht, daß wirtschaftlich das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mit dem der herrschenden Gesellschaft zusammenfalle. Allein einmal könnte diese Auffassung doch nur für den Fall gelten, daß die Abhängigkeit darauf beruht, daß die herrschende Gesellschaft, wenn auch nicht das ganze, so doch den weitaus überwiegenden Teil des Aktienkapitals der abhängigen Gesellschaft besitzt, während eine Abhängigkeit i.S. des § 226 IV HGB unter Umständen sehr wohl auch durch eine Aktienminderheit, verbunden etwa mit gewissen organisatorischen Maßnahmen oder schuldrechtlichen Bindungen, begründet werden kann". (Unterstreichung vom Verfasser).

Da das RG unterstellen wollte, daß ein Beziehungsverhältnis zwischen zwei Gesellschaften der vorliegenden Art unter den Begriff der "abhängigen Gesellschaft" fällt, hätte es die von ihm festgestellte Voraussetzung der Einheitstheorie eigentlich bejahen müssen, da die I.G.L. nahezu 95 % des Aktienkapitals der I.G.A., also wohl den "weitaus überwiegenden Teil des Aktienkapitals der abhängigen Gesellschaft" besaß. Das RG nahm keine Stellung dazu, ob die "Einheitstheorie" auch dann "Platz greifen" könnte, wenn es sich um ein Beziehungsverhältnis wie hier handelt, bei dem WB wechselseitig "weitaus den überwiegenden Teil des Aktienbesitzes" der beiden Gesellschaften umfassen mit der Folge des "Ausschlusses eines Hörigkeitsverhältnisses", es sich also um ein Beziehungsverhältnis handelt, das solchen zwischen "gleichgeordneten Konzerngesellschaften" ähnlich ist. Das RG lehnte aber die Einheitstheorie als solche ab. Es fuhr in seinen Ausführungen fort:

"Sodann aber ist dabei nicht beachtet, daß jede Gesellschaft ihre eigenen Gläubiger hat, die herrschende Gesellschaft selbst auch nur über ihre Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft, nicht aber über deren einzelne Vermögensstücke Verfügungsmacht hat. Die sog. Einheitstheorie ist denn auch im Schrifttum überwiegend abgelehnt worden. Sie liegt auch nicht der Neufassung des § 226 HGB zugrunde, die ja bei dem Rechtsbegriff der abhängigen Gesellschaft nicht auf die kapitalistische Beteiligung und deren Ausmaß, sondern auf die Stärke des so oder so begründeten beherrschenden Einflusses abstellt. Nach alledem muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber absichtlich und aus wohlverwogenen Gründen davon abgesehen hat, das Ruhen des Stimmrechts der im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden Gesellschaft anzuordnen".

4. Das Schrifttum

Die ältere Literatur zum Konzernrecht erörterte schon früh die Möglichkeit wB zweier Gesellschaften. Sie unterschied schon vor 1931, also vor der gesetzlichen Einführung der Begriffe "abhängiger" und "herrschender" Unternehmen, zwischen wV "durch Subordination" und wV "durch Koordination" und sah nach 1931 in § 226 IV HGB als einer Regelung wB zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft damit nur eine Regelung wB innerhalb eines Subordinationsverhältnisses.

F. Haußmann ⁷⁰ unterschied 1926 zwischen "Beherrschung durch Subordination" und "Beherrschung durch Koordination oder Gleichschaltung" die unter anderem dann vorliegen soll, "wenn sich zwei Rechtssubjekte zur gemeinschaftlichen wechselseitigen Beherrschung ihres Vermögens zusammentun". In einem Schema zu den Vorgängen, die zu Unternehmenszusammenfassungen führen, stellt Haußmann ⁷¹ den "Erwerb von Beteiligungen mit Subordination" (worunter der Erwerb 100prozentiger Beteiligungen oder der Erwerb der Mehrheit der Anteile eines Unternehmens gleich Mehrheitsbeherrschung fallen sollen) dem "Erwerb von Beteiligungen mit Koordination" gegenüber: darunter läßt Haußmann den "wechselseitigen Erwerb von Beteiligungen durch Aktienaustausch usw" fallen.

Friedlaender ⁷², 1927, nennt als einen der "Hauptfälle von Unternehmenszusammenfassungen durch Beteiligung" "die wB als Verstärkung der Interessengemeinschaft"

70) Fritz Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926, S. 107. Ebenso schon in Die Tochtergesellschaft, Berlin 1923, S. 18 ff, wenn auch nicht so deutlich in Bezug auf wB.

71) Grundlegung, S. 125.

72) Heinr. Friedlaender, Konzernrecht 1. Aufl., Berlin 1927, S. 37, 39.

Im einzelnen führt er aus: ⁷³

"Die gegenseitige Beteiligung.

Hauptfall: Mehrere durch Interessengemeinschaft verbundene Gesellschaften geben sich gegenseitig zur Verstärkung der nur vertraglich zwischen den Unternehmungen selbst erfolgten Zusammenfassung Aktien, Kuxe, Geschäftsanteile "ins Portefeuille". Daraus ergibt sich die Verpflichtung, die Aktien während der Dauer der IG nicht zu veräußern und die Rechte aus den Aktien, insbesondere das Stimmrecht, nach den vertraglichen Abmachungen, also entweder entsprechend den Beschlüssen des Gemeinschaftsorgans der IG oder entsprechend den Weisungen der Verwaltung derjenigen Gesellschaft, deren Aktien ins Portefeuille gegeben sind, auszuüben. Es kann hierfür auch eine besondere Holding gebildet werden, welche die gegenseitigen Beteiligungen verwaltet".

Friedlaender sah damit wohl den von ihm gezeichneten Fall einer wB als Beispiel einer Unternehmenszusammenfassung an, deren Glieder gleichberechtigt sind; denn die "Interessengemeinschaft", in deren Zusammenhang Friedlaender die wB stellte, ist als das Hauptbeispiel für Koordinationsverhältnisse anzusehen ⁷⁴.

Friedlaender brachte ⁷⁵ auch das Schema von Haußmann zu den Vorgängen, die zu Unternehmenszusammenfassungen führen, also die Einteilung in "Beteiligungen mit Koordination und Subordination" wenn er auch hinzufügte, daß seiner Ansicht nach "Koordination" oder "Gleichordnung" keine juristische Zusammengehörigkeit begründe, wogegen er in dem Beherrschungselement (dem von der anderen Seite aus gesehen die Abhängigkeit entspricht) ein rechtlich erhebliches Merkmal sieht, das ebenso wie die von ihm vertretene "Lehre vom Gesamtunternehmen (die der "Einheitstheorie" entspricht ⁷⁶) als rechtlicher Zweckeinheit "den Versuch bedeutet (Anm.: 1927), ein rechtlich bedeutsames Begriffsmerkmal zu finden" ⁷⁷.

Bärmann ⁷⁸, 1934, unterschied wie Haußmann und Friedlaender Koordination durch Beteiligung und Subordination durch Beteiligung (die Beteiligung in beiden Fällen als dingliche Verknüpfung). Wie Friedlaender stellt er fest, daß Interessengemeinschaftsverträge, bei deren Abschluß und Durchführung beide Gesellschaften gleichberechtigt seien, meist durch wB ergänzt würden.

⁷³) aaO S.115.

⁷⁴) Vgl.Friedlaender aaO 2.Aufl., S.114 ff, Rasch aaO S. 39.

⁷⁵) aaO 1. Aufl., S.40.

⁷⁶) Vgl. unten S. 32 ff.

⁷⁷) Friedlaender aaO S. 39.

⁷⁸) Johannes Bärmann, Die rechtliche Stellung der Tochtergesellschaft, Berlin 1934, S. 13, 15, 16.

Rosendorff ⁷⁹, führt 1927 aus, daß "effekten-kapitalistische Beteiligungen" "einseitig" und "als engerer Zusammenschluß in der Form gegenseitiger Beteiligungen" bestehen könnten. Mit letzteren seien häufig auch ein gegenseitiger Austausch von Mitgliedern der Verwaltung verbunden.

1932, nach Erlaß der Aktiennovelle spricht Rosendorff ⁸⁰ von "Verflechtung durch gegenseitigen Aktienbesitz" und der dadurch geschaffenen "gegenseitigen Einflußnahme und gegenseitigen Bindung". Er unterschied wB

1. zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen unter Aufrechterhaltung der Subordination und
2. wB koordinierter Gesellschaften, bei denen wohl gegenseitige Bindung und Einflußnahme, nicht aber Abhängigkeit bestehe.

Rosendorff ordnet damit die wB in die auch von ihm aufgezeigten zwei verschiedenartigen Grundformen eines möglichen Konzernaufbaues ein. Er unterscheidet ⁸¹ koordinierte gleichgeordnete Gesellschaften und Verhältnisse der Subordination, bei denen eine Gesellschaft von einer anderen abhängig ist. Bei beiden Fällen handle es sich um "Konzerne" ⁸², aber nur im letzteren Falle spiele der Begriff der "abhängigen" Gesellschaft (§ 226 IV HGB) eine Rolle. Diese Unterscheidung habe der Gesetzgeber gemacht, weil er "sein ganzes Augenmerk auf die Verschachtelung der AG mit abhängigen Gesellschaften gerichtet hat, während er die durch Koordination geschaffenen Verflechtungen nicht einer solchen Regelung für bedürftig hielt" ⁸³. Für Rosendorff ist auch in diesen Fällen die "Intensität der Verbundenheit der AG mit den koordinierten Gesellschaften" das Entscheidende. Rosendorff wollte bei hoher Intensität gewisse Bestimmungen für abhängige Gesellschaften auch für koordinierte Gesellschaften angewendet wissen. Er findet auch in Geschehnissen seiner Zeit keine besondere Stütze für die besondere und z.T. strengere Behandlung der "abhängigen" Gesellschaften, gegenüber den sonstigen Konzerngesellschaften.

79) aaO S. 21.

80) Richard Rosendorff, Das neue deutsche Aktienrecht, Berlin 1932, 2.Aufl. des Werkes "Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen?", S. 403.

81) aaO S. 399.

82) Einen eigenen Begriff des "Konzerns" kannte das HGB noch nicht.

83) aaO; ebenso die folgenden Zitate.

Denn sowohl bei den durch Koordination verbundenen Konzerngesellschaften als auch bei den durch Subordination abhängigen Gesellschaften wirkten sich durch die gegenseitige Verbindung Gefahrenmomente aus.

Rosendorff wollte daher die Unterscheidung nicht nach der Richtung von Koordination oder Subordination gemacht wissen, sondern nach dem Grad der Intensität der Verbundenheit, gleich ob diese durch maßgebliche Beteiligung, Verwaltungseinfluß (Personalunion), Konsortialverträge oder sonstige Bindungen geschaffen sei. Der Gesetzesschutz bei Konzerngesellschaften habe seine Begründung gerade in dem Gegenseitigkeitsverhalten zwischen zwei verschiedenen juristischen Personen und seinen Gefahren, gleichgültig, ob es sich um koordinierte oder subordinierte Verhältnisse handle. Es könnten auch durch Schwäche einer koordinierten Gesellschaft andere koordinierte Gesellschaften mit-ergriffen werden.

Auf wB bezogen, die Rosendorff bei seinen Erörterungen offensichtlich besonders im Auge hat, sagt er, daß "der gegenseitige Besitz von Aktien koordinierter Gesellschaften von ebensolcher Tragweite sein kann, wie der gegenseitige Besitz von Aktien der Ober- und der abhängigen Gesellschaft".

Rosendorff's Darlegungen sind wohl in erster Linie rechtspolitisch zu verstehen, lassen aber Rosendorff's Subsumption "wB" unter § 226 IV HGB klar erkennen. Der Tatbestand des § 226 IV HGB ist für Rosendorff der Fall eines Subordinationsverhältnisses, erfaßt also auch nur wB zwischen abhängigen und herrschenden Gesellschaften, nicht aber wB zwischen koordinierten Gesellschaften, bei denen nach seinen Worten "wohl gegenseitige Bindung und Einflußnahme", nicht aber Abhängigkeit besteht. Wenn auch Rosendorff nur von "durch Koordination geschaffenen Verflechtungen" und von "gegenseitigem Besitz von Aktien koordinierter Gesellschaften" spricht (gegenüber w Aktienbesitz zwischen abhängiger und herrschender Gesellschaft) und nicht ausdrücklich ausführt, daß wB ein Koordinationsverhältnis zur Folge haben, sofern nicht eine bestehende oder durch die verschieden hohen wB bedingte Subordination aufrechterhalten bleibt, so weist doch seine Bemerkung, daß w Aktienbesitz "gegenseitige Einflußnahme und gegenseitige Bindung" (also nicht Abhängigkeit im Sinne von § 226 IV HGB) schaffen, darauf hin, daß er eine "w Abhängigkeit" als

Folge wB verneint haben würde und damit auf wB mit der Folge "gegenseitiger Einflußnahme und Bindung" § 226 IV HGB nicht angewendet haben würde.

Ruth⁸⁴, 1928, erwägt erstmals, ob bei wechselseitig gleich hohen Mehrheitsbeteiligungen "gegenseitige Abhängigkeit" vorliegen kann. Er meint, wenn eine "Tochtergesellschaft" ebenfalls einen zur Beherrschung der "Muttergesellschaft" ausreichenden Beteiligungsbesitz besitzt, so habe das nicht zur Folge, daß damit ihre wirtschaftliche Abhängigkeit von der Muttergesellschaft wieder aufgehoben sei, "etwa wie zwei entgegengewirkende Kräfte sich gegenseitig paralysieren". Es sei vielmehr nun so, daß auch die "Muttergesellschaft" in Bezug auf die in ihrem Besitz befindlichen Aktien der "Tochtergesellschaft" als abhängig, d.h. als "Tochtergesellschaft" angesehen werden müsse. Ruth will also wohl kein Koordinationsverhältnis zwischen beiden Gesellschaften annehmen. Er sagt aber nur, daß "sich das Gesetz der Physik, daß sich gleich starke entgegengewirkende Kräfte gegeneinander aufheben, nicht auf diesen Fall übertragen läßt" (Winter⁸⁵), behauptet also lediglich die Möglichkeit gegenseitiger Abhängigkeit ohne zu untersuchen, ob ein solches Beziehungsverhältnis rechtlich und tatsächlich möglich ist.

Zusammenfassung:

Das Schrifttum vor 1937 sieht mit Ausnahme von Ruth die "wB" im Zusammenhang mit Koordinationsverhältnissen, sei es, daß wB als Mittel zur Verstärkung bestehender Koordinationsverhältnisse angesehen werden (Friedländer, Bärmann), sei es, daß man sie als Mittel zur Schaffung eines Koordinationsverhältnisses betrachtet (Haußmann, Friedlaender, Bärmann, Rosendorff), das "gegenseitige Bindung und Einflußnahme" ermöglicht (Rosendorff ausdrücklich). § 226 IV HGB wird als Regelung eines Subordinationsverhältnisses angesehen, d.h. als Bestimmung, die nur "wB" zwischen einer Ober- und einer Untergesellschaft trifft.

84) R. Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien, Berlin 1928, S. 19.

85) aaO S. 60/61, der sich dieses Argument zu eigen macht; vgl. dazu unten S. 106 ff.

5. Die wB in rechtspolitischen Äußerungen innerhalb der Reformbestrebungen vor 1937

Geiler ⁸⁶, 1927, spricht davon, daß die Gläubiger einer Muttergesellschaft und ihrer Tochter ganz verschieden und ihre Vermögensmassen daher nicht identisch sind, meinte aber dann:

"Immerhin läßt sich nicht leugnen, daß gerade zwischen Muttergesellschaften und Tochtergesellschaften Finanzierungsmethoden bei Kapitalerhöhungen möglich sind und vorkommen, die den Einzahlungseffekt wirtschaftlich aufheben, so wenn z.B. bei einer Übernahme neuer Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochter die von dieser bei der Mutter eingezahlten Beträge nachher sofort wieder an die Tochter zurückfließen".

v. Hofmannsthal ⁸⁷, 1928, legte die Gefahren des Erwerbs eigener Aktien dar. Er kam unter anderem aufgrund der im Folgenden zitierten Überlegungen zur Gleichstellung des Erwerbs von Aktien der herrschenden durch eine abhängige Gesellschaft mit dem Erwerb eigener Aktien. Er zeigte ein Problem auf, das kein "Sonderproblem abhängiger Gesellschaften" ⁸⁸, besser wB zwischen einer abhängigen und einer herrschenden Gesellschaft ist, sondern Gefahren einer wB auch in koordinierten Verhältnissen und damit der wB ganz allgemein vor Augen führt. Er schrieb:

"Wenn nun der Besitz eigener Aktien aus zwingenden Gründen verboten ist, wenn der 100prozentige Besitz eigener Aktien zu einer juristischen Monstrosität führen muß - kann dann dieses rechtliche und logische Verbot durch Einschleichen einer Tochtergesellschaft illusorisch gemacht werden? Man vergegenwärtige sich wieder folgenden schematischen Vorgang: die AG I mit 1 Million Mark eingezahltem Aktienkapital und Vermögen gründet die Tochtergesellschaft II mit 1 Million Mark Kapital und zahlt diesen Betrag für deren Aktien ein. Dann besteht ihr Vermögen aus Null Geld und 1 Million Mark Aktien der AG II, das Vermögen der letzteren aus 1 Million Mark bar. Mit diesen Mitteln kauft diese von den Aktionären der AG I deren Aktien und ist nun alleinige Aktionärin derselben, ihr Vermögen besteht aus Null Geld und 1 Million Mark Aktien der AG I. Wirkung: das Aktienkapital der AG I ist still an deren Aktionäre zurückgeflossen und im Wirtschaftsleben stehen zwei AG mit je 1 Million Mark nominellem, voll eingezahltem Aktienkapital, die beide nicht 1 Mark Bargeld haben, sondern nur Aktien, die völlig wertlos sind, weil nicht 1 Mark Bargeld hinter ihnen steht".

Damit waren zum ersten Mal in klarer Weise die zumindest theoretisch denkbaren Gefahren einer wB für das Grundkapital

86) Karl Geiler, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, 1927 (Bericht erstattet vor dem Enquête-Ausschuß, 3. Arbeitsgruppe des I. Untersuchungsausschusses), S. 36.

87) v. Hofmannsthal, ZBH 1928, 401 ff., 402.

88) Kropff aaO S. 15.

zum Ausdruck gebracht worden, wenn v. Hofmannsthal auch Folgerungen daraus nur für das Verhältnis zwischen einer abhängigen und einer herrschenden Gesellschaft ziehen wollte und wB bei koordinierten Gesellschaften unbeachtet ließ.

Liefmann ⁸⁹, 1931, betonte ebenfalls die Gefahren wB für das Garantiekapital. Er sieht sie im Zusammenhang mit dem Zweck, den sie erfüllen sollen. Sie seien ein Mittel für die hinter einer Gesellschaft stehenden Hauptaktionäre, um mit möglichst wenig eigenem Kapital einen ganzen Konzern zu beherrschen. Wenn z.B. die AG A mit einem Grundkapital von 10 Mill. Mark die AG B mit einem Grundkapital von 5 Mill. Mark gründete, dieser 5 Mill. Mark eigener Aktien gebe und dafür deren gesamte Aktien übernehme und nun von diesen 5 Mill. Mark B-Aktien nur 3 Mill. Mark Aktien behalte und für die restlichen 2 Mill. Mark Aktien die Majorität bei zwei weiteren AG mit einem Grundkapital von je 2 Mill. Mark erwerbe, so beherrschten die hinter der A stehenden Hauptaktionäre mit geringstem Kapitaleinsatz einen Unternehmenskomplex mit insgesamt 19 Mill. Mark Grundkapital. Dieses Beispiel und die Bemerkung Liefmanns, daß man bei wB nicht mehr sagen könne, welche Unternehmung die andere kontrolliere, ob die erstere die letztere oder umgekehrt, zeigen aber, daß Liefmann bei seinen Bedenken gegen wB Mutter- und Tochterverhältnisse im Auge hatte und wB zwischen koordinierten Unternehmen nicht berücksichtigte, obwohl Gefahren für das Grundkapital hier entsprechend bestehen.

Reichsgerichtsrat Kolb ⁹⁰, 1935, äußerte bei der Erörterung des Zeichnungsverbots für eine abhängige Gesellschaft im Fall einer Kapitalerhöhung der herrschenden Gesellschaft in der Sitzung des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht vom 25.3.1935 folgendes:

"Ich verstehe die Bedenken folgendermaßen. Die Muttergesellschaft will ihr Kapital erhöhen und dann wird es so gemacht, daß die Tochter Aktien zeichnet, das Geld dafür aber in Form eines Darlehens der Mutter erhält. Das ist sehr häufig geschehen, stellt aber eine Finanzierungsform dar, die große Gefahren in sich birgt.

Man kann es auch beiderseitig wiederholen. Die Tochter erhöht ihr Kapital mit Hilfe der Mutter usw. und so kann auf einer fik-

89) aaO S. 80, 108/109.

90) Bericht über die Sitzung des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für deutsches Recht vom 25.3.35, S. 14.

tiven, außerordentlich schmalen Kapitalbasis schließlich ein P a p i e r t u r m errichtet werden.

... die Frage, ob nicht Gefahr schwindelhafter Bilanzierung"

Auch hier sind die Gefahren einer wB ganz allgemein aufgezeigt, auch wenn Kolb nur an das Verhältnis Mutter- Tochtergesellschaft denkt.

Rosendorff ⁹¹, 1932, war der Auffassung, daß sich sowohl bei durch Koordination verbundenen Konzerngesellschaften als auch bei durch Subordination abhängigen Gesellschaften die durch gegenseitige Verflechtung bedingte gegenseitige Verbindung als Gefahrenmoment auswirke. Ohne daß er im Einzelnen ausführt, worin er die Gefahren wB sieht, will er "gewisse Bestimmungen" für abhängige Gesellschaften auch für koordinierte Gesellschaften angewendet wissen, ohne wieder im einzelnen zu sagen, welche Bestimmungen er meint. Er will die "Intensität der Verbundenheit" entscheidend sein lassen, gibt aber keine Hinweise, welcher Grad an Verbundenheit vorliegen müsse, wenn eine gleiche Behandlung wB koordinierter und subordinierter Gesellschaften gerechtfertigt sein soll. Er gibt auch keine Begriffsmerkmale für die "Intensität der Verbundenheit".

Zusammenfassung:

Diese Äußerungen zeigen, daß mit wenigen Ausnahmen (so Rosendorff, der das Problem aber nicht mit Schärfe und in Einzelfragen anging) die wB rechtspolitisch immer nur mit Blickrichtung auf Subordinationsverhältnisse, auf Mutter- und Tochtergesellschaften gesehen wurden und die Darlegung der möglichen Gefahrenpunkte koordinierte Verhältnisse außeracht ließ. Der Grund dafür war wohl, daß man zwar die Gefahren wB jeweils im Vergleich zu den Gefahren des Erwerbs eigener Aktien suchte, dabei jedoch zu sehr die Umgehung der Bestimmungen für den Erwerb eigener Aktien durch eine "mißbrauchte" Tochtergesellschaft im Auge hatte, das Problem der Gefahr "wB" für das Grundkapital also im Licht der "Mißbrauchsgefahr" sah, wie es etwa v. Hofmannsthal erkennen läßt, wenn er schreibt, daß "dieses rechtliche und logische Verbot" (des Erwerbs eigener Aktien) durch das "Einschieben" einer Tochtergesellschaft illusorisch gemacht werden" könnte. Darauf wird später noch einzugehen sein.

91) Rosendorff aaO S. 399 ff.

6. Exkurs: Das Schrifttum zur Einheitstheorie

Es handelt sich um die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit verschiedene juristisch selbständige Unternehmen bei wirtschaftlicher Einheit auch rechtlich als Einheit behandelt werden können.

Diese Theorie vom Gesamtunternehmen (auch Einheits- oder Einheitlichkeitstheorie genannt) wurde von R. Isay⁹² begründet. Er kam zu dem Ergebnis, daß mehrere Unternehmen, gleichgültig ob sie derselben Person oder verschiedenen Rechtssubjekten gehören, eine Rechtseinheit, ein "zusammengesetztes, komplexes Unternehmen" bilden können. (Isay zog aus seiner Lehre die Folgerungen, daß etwa Schadensersatzklagen und Unterlassungsklagen auch hinsichtlich eines Gesamtunternehmens möglich seien).

Friedlaender⁹³ wies dann auf den Zusammenhang dieser Lehre mit der Organtheorie des Preuß OVG und des RFH hin.

Die Erörterungen um diese Theorie entzündeten sich vornehmlich an der Entscheidung des RG im Neu-Staßfurt-Fall (RGZ 108, 41 v. 18.1.24), in der Zeichnung und Übernahme von Aktien der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft vom Standpunkt der Einheitstheorie aus als unzulässig angesehen wurde. In RGZ 103, 64 hatte das RG noch die juristische Selbständigkeit der eine eigene Rechtspersönlichkeit bildenden Tochter betont und das Stimmrecht einer Tochter aus Aktien der Muttergesellschaft bejaht. Im Anschluß an RG 108, 41 wurde allgemein die Einheitstheorie bis 1931 erörtert, wenn die Frage auftauchte, ob zwischen einer herrschenden und einer abhängigen Gesellschaft dann, wenn erstere den größten Teil der Anteile der letzteren besitzt, der Grundsatz der Selbständigkeit der juristischen Person unter allen Umständen durchzuführen ist oder ob allumfassend oder in gewissen Beziehungen Personenidentität angenommen werden sollte.

Isay⁹⁴ stimmte RG 108, 41 zu. Flechtheim⁹⁵ hielt die Einheitstheorie für falsch, da die juristische Selbständigkeit dem Gedanken der Vermögensidentität eine Grenze setze; das Vermögen der Tochtergesellschaft sei vielmehr als "Sondergut" zu betrachten. Zudem habe jede Gesellschaft ihre eigenen Gläubiger, die sich nicht an das Vermögen der anderen Gesellschaft halten könnten.

92) Rudolf Isay, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910, S.87 ff, 96, 101.

93) Stuw 1923, 1101 ff.

94) Kart R 1924, 103 (Anm. zu RGZ 108, 41).

95) JW 1924, 679 (Anm. zu RG 108, 41).

Demgegenüber betonte Friedlaender mehrfach ⁹⁶, daß

"es eine Einheitlichkeitstheorie im Sinne einer alle Rechtsgebiete umfassenden Theorie nicht gibt. Vielmehr ist in den einzelnen Rechtsgebieten jeweils festzustellen, inwieweit rechtlich einheitliche Behandlung von Vorgängen geboten ist, die sich innerhalb eines (wirtschaftlich) einheitlichen Unternehmens vollziehen".

Friedlaender verwies auf RG Neu-Staßfurt. Dieses Urteil habe "mit Recht allseitigen Widerspruch" gefunden. Andererseits stimmte er dem Stimmrechtsausschluß einer Tochter mit Aktien der Mutter in der HV der Mutter zu ⁹⁷, weil nicht die rechtliche Verschiedenartigkeit zweier Vermögensmassen entscheidend sei, sondern die Beeinflussung der Tochter durch die Mutter bei der Stimmabgabe.

Haußmann ⁹⁸, der die Lehre ablehnte und meinte, mit "dieser Abschwächung der Einheitlichkeitstheorie sei ihr praktischer Wert als Begriffsmerkmal verloren", wurde von Friedlaender entgegengehalten, daß mit dieser Überlegung die Bedeutung des Einheitsbegriffs nicht zutreffend gewürdigt sei. Der "Einheitsbegriff", führte Friedlaender aus ⁹⁹, sei ähnlich wie der Begriff der juristischen Person "erkenntnistheoretischer Art, sei ein Zweckbegriff für die Zwecke bestimmter Gesetze und Rechtsgebiete".

Als Zweckbegriff "habe er notwendig nicht absolute, sondern relative Geltung". "Je nach den Zwecken des Gesetzes ist die Zusammenfassung zu einer Zweckeinheit, wie sie gerade gebraucht wird, das Wesentliche". Der Begriff des Gesamtunternehmens wie des Konzerns im Sinn einer rechtlichen Einheit habe sich in einer Reihe von Rechtsgebieten mehr oder minder umfassend durchgesetzt, in anderen komme er nicht in Betracht, weil entweder die Rechtsform entscheide, oder der rechtliche Tatbestand, an den das Gesetz anknüpft, sich auf die niedere Einheit des Betriebs oder Einzelunternehmens beziehe. Bei den einzelnen Rechtsgebieten sei daher immer zu prüfen, ob die rechtliche Regelung sich auf die höhere oder die niedere Einheit beziehe, ob es auf die Rechtsform oder den wirtschaftlichen Vorgang ankomme, dessen rechtlich einheitliche Behandlung geboten erscheine. In diesem Sinn biete der Konzernbegriff nicht Absolutes, sondern etwas Relatives.

Brodmann ¹⁰⁰ und Rosendorff ¹⁰¹ wollten in Fällen, wie sie

96) Stuw 1923, 1101 ff; KartR 1926, 18 ff und Konzernrecht aaO 1. Aufl. S.42 ff. Das folgende Zitat aaO S. 43 und 59.

97) ZBH 1926, 138.

98) Grundlegung S. 93, Tochtergesellschaft S. 27 ff.

99) aaO S. 44

100) Brodmann, Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., Berlin 1930, S.199.

101) Rechtliche Organisation der Konzerne S. 75 ff, 82.

RG 108, 41 zu entscheiden hatte (und dessen Feststellung, daß wirtschaftlich in so gelagerten Fällen das Vermögen der Tochter mit dem der Mutter zusammenfalle, d.h. eine Einheit bilde, sie zustimmten), die Lösung aus dem Gegensatz zwischen "Rechtsform und Realität" juristischer Personen (Serick ¹⁰²) ableiten: Brodmann meint, es handle sich um Fälle, bei denen die juristische Form die materielle Rechtslage zu erdrücken drohe. Rosendorff teilte diese Auffassung unter Heranziehung der Grundsätze aus RG 104, 130, nach denen unter Umständen ein Rückgriff auf die hinter einer rechtsgeschäftlichen Einkleidung stehenden Beteiligten geboten sein kann.

Diese Erörterungen zeigen, wie vor 1931 versucht wurde, rechtlich wichtig erscheinende Tatbestände (wie die Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft) zu erfassen und den in diesen Tatbeständen erkannten Gefahren zu begegnen. Es wurde nach Mitteln zur Erfassung dieser Tatbestände gesucht: die Einheitstheorie suchte aus der wirtschaftlichen Einheit durch Beteiligung verbundener Unternehmen deren rechtliche Einheit als "Zweckbegriff" abzuleiten; andere (Brodmann, Rosendorff) wollten den "Durchgriff" auf die hinter der juristischen Person stehende "Person" (d.h. auf die hinter der Tochter stehende Muttergesellschaft), womit auch diese Auffassung der Identität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Rechnung tragen wollte, ohne jedoch eine "rechtliche Einheit" als Rechtsbegriff aus der wirtschaftlichen Identität zu folgern.

Ob und wenn ja unter welchen Umständen wechselseitig beteiligte Gesellschaften, die nicht im Verhältnis Mutter und Tochter zueinander stehen, also nach damaliger überwiegender Auffassung als koordinierte Unternehmen angesprochen wurden, wirtschaftlich und damit rechtlich als Einheit betrachtet werden können, wurde von den Anhängern der Einheitstheorie nicht erwogen - obwohl in einem anderen Fall eines koordinierten Beziehungsverhältnis, nämlich dann, wenn mehrere gleichberechtigte Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind, von einem "Konzern" gesprochen wurde und dieser Begriff als Rechtsbegriff verstanden wurde ¹⁰³. Bei Tatbeständen der letztgenannten Art wurde eine wirtschaftliche Einheit als rechtlich relevant betrachtet, deren einzelne Glieder in einem koordinierten Verhältnis zueinander

102) Rolf Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin und Tübingen 1955.

103) Der Begriff wurde der Rechtsprechung des RFH entnommen, vgl. Rosendorff, Das neue deutsche Aktienrecht, S. 389 ff.

stehen. Die Einheitstheorie im engeren Sinn betrachtete jedoch nur Unternehmungszusammenfassungen im Verhältnis der Über- und Unterordnung, also Mutter- Tochter-Verhältnisse, obwohl es von heutiger Sicht aus nahe gelegen hätte, den Gedanken der rechtlichen Einheit auch etwa bei Fällen 95-prozentiger wB (wie es im Iduna-Fall zutraf) in Erwägung zu ziehen. Aber auch RG 149, 305 bezog seine Ausführungen nicht auf das von ihm als gleichgeordnet angesprochene Beziehungsverhältnis zwischen den beiden Versicherungsgesellschaften, sondern in Übereinstimmung mit der Literatur zur Einheitstheorie allgemein auf Mutter- und Tochterverhältnisse.

II. Die Rechtslage nach Inkrafttreten des AktG 1937

1. Das AktG (Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.1.1937 ¹⁰⁴) brachte eine

a) Bestimmung der Begriffe "Konzern" und "Konzernunternehmen"

aa) Rechtlich selbständige Unternehmen, die zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind, sind Konzernunternehmen und bilden zusammen einen Konzern, § 15 I AktG.

bb) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen aufgrund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens, so gelten beide zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen, § 15 II AktG.

b) Neue gesetzliche Bestimmungen für Abhängigkeitsverhältnisse.

Das Zeichnungs- (§ 51 II 1 AktG) und das Erwerbsverbot (§ 65 V AktG) wurde aus der Aktiennovelle übernommen und dabei auch die Bestimmung beibehalten, daß die Verbotswidrigkeit des Erwerbs (und der Zeichnung) jedenfalls dann nicht die Wirksamkeit des Erwerbs berührt, wenn es sich um volleingezahlte Aktien handelt. Darüberhinaus spricht das AktG in § 114 VI AktG ein Verbot der Ausübung des Stimmrechts für Aktien aus, die einem abhängigen Unternehmen gehören. Das Aktiengesetz stellte also auch in der Frage der Stimmrechtsausübung abhängiger Gesellschaften Aktien der herrschenden Gesellschaft im Besitz einer abhängigen Gesellschaft eigenen Aktien einer Gesellschaft gleich.

104) RGBl. I. S. 107, 588, 1140.

c) AktG und Einheitstheorie

Das AktG folgt mit seiner Regelung damit dem Ergebnis, das die sog. Einheitstheorie schon vor 1931 bzw. 1937 durch Ableitung einer rechtlichen Einheit bei Vorliegen wirtschaftlicher Einheit erzielen wollte. Die Auslegung des § 15 AktG (in Verbindung mit den Bestimmungen, die wie die §§ 51 II, 65 V, 114 VI Akt dem Konzernbegriff rechtliche Wirksamkeit verleihen) ergibt aber, daß es "nicht die Absicht des Gesetzgebers war, mit der Konzerndefinition des § 15 die sog. Einheitlichkeitstheorie anzunehmen" ¹⁰⁵. § 15 AktG geht grundsätzlich von der rechtlichen Selbständigkeit der wirtschaftlich eine Einheit bildenden Unternehmen aus. Der "Konzern" als solcher ist nicht zu einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestaltet worden, er kann keine Rechte erwerben, schuldrechtliche Verträge einer Konzerngesellschaft binden die übrigen Konzerngesellschaften nur, sofern das ausdrücklich vereinbart ist oder besondere Umstände eine einheitliche Behandlung fordern ¹⁰⁶. Das Aktiengesetz behandelt den Konzern und die Konzernunternehmen nur in gewissen Beziehungen als rechtlich einheitlich, will also nur bestimmte Vorgänge zwischen Konzernunternehmen bei ihm rechtspolitisch einer gesetzlichen Regelung bedürftig erscheinenden Interessenlagen durch den Konzernbegriff erfassen, so etwa den Erwerb von Aktien der herrschenden durch eine abhängige Gesellschaft oder die Ausübung des Stimmrechts aus solchen von einer abhängigen Gesellschaft erworbenen Aktien. Die Konzernzugehörigkeit eines Unternehmens soll also nur in beschränktem Maß rechtliche Bedeutung haben ¹⁰⁷.

Der Konzernbegriff des Aktiengesetzes ist damit in dem Sinne, wie Friedlaender den Begriff des Gesamtunternehmens im Zusammenhang mit der Lehre von der rechtlichen Einheit von Unternehmen (Einheitstheorie) verstanden wissen wollte ¹⁰⁸, ein relativer, kein absoluter Begriff, ein Zweckbegriff ¹⁰⁹ zur Erfassung gewisser rechtspolitisch als wichtig und einer Regelung bedürftig erscheinender Tatbestände. Die juristische Selbständigkeit der konzernzugehörigen Unternehmen bleibt grundsätzlich unberührt,

105) Friedlaender, Konzernrecht, 2. Aufl., 1954, S. 156; Schlegelberger aaO Anm. 11 zu § 15; Serick aaO S. 109, 110.

106) Vgl. zum Haftungsdurchgriff Winter aaO S. 43, Fußn. 213.

107) Vgl. Rasch aaO S. 291-295; Friedlaender aaO S. 156; Winter aaO S. 2, in den Folgerungen aber abweichend, vgl. unten S. 40ff.

108) Vgl. Fußn. 99.

109) Ebenso Rasch aaO S. 293

der Konzern wird im allgemeinen - jedenfalls auf privatrechtlichem Gebiet - nicht als rechtliche Einheit behandelt ¹¹⁰.

d) Bestimmungen über wechselseitige Beteiligungen

aa) Begriff "wB"

Den Begriff "wB" kennt das Aktiengesetz nicht. Es spricht in § 15 II nur von "Beteiligungen", die "unmittelbar oder mittelbar" "beherrschenden Einfluß" auf ein anderes Unternehmen ermöglichen und damit die Abhängigkeit dieses Unternehmens von dem die Beteiligung besitzenden Unternehmen begründen.

bb) WB denknotwendig vorausgesetzt

"WB" sind aber "denknotwendig" in § 114 VI AktG vorausgesetzt ¹¹¹; denn eine aufgrund von Beteiligungen abhängige Gesellschaft muß Aktien der herrschenden besitzen, wenn das Problem auftauchen soll, ob sie mit ihnen in der HV der herrschenden Gesellschaft abstimmen kann. § 114 VI spricht aus, daß sie es nicht können soll, wenn sie "abhängig" ist. Ebenso setzt § 65 V Akt (wie auch § 51 II 1 AktG) voraus, daß eine "wB" zwischen einer aufgrund von Beteiligung herrschenden und einer abhängigen Gesellschaft ausnahmsweise begründet werden kann. Allerdings finden die §§ 65, 114 AktG auch Anwendung, wenn die Beherrschung der Obergesellschaft nicht durch eine "Beteiligung" sondern durch andere Mittel der Beherrschung, etwa vertragliche oder "tatsächliche" Beherrschung, gewährleistet wird ¹¹². Das Gesetz geht in § 15 II aber davon aus, daß im Regelfall Mittel der Beherrschung die Beteiligung sein wird. Mit diesen Überlegungen wird im überwiegenden Schrifttum ¹¹³ die grundsätzliche Zulässigkeit wB begründet: solange keine Gesellschaft, von der anderen abhängig sei, könne sie ungehindert Aktien übernehmen oder erwerben und aus ihnen abstimmen.

110) Von der Einheitstheorie geht offensichtlich Schilling aaO (JZ 57, 531) aus. Er weist auf die enge Verwandtschaft der wB mit dem Erwerb eigener Aktien hin. "So wie dieser im Grenzfall zur Keinmann-Gesellschaft und damit zur Auflösung führt, trägt auch die Überkreuzverschachtelung den Todeskeim in sich. Besitzt jede der beiden Gesellschaften alle Anteile der anderen, so müssen beide der Auflösung verfallen. Es hieße das Prinzip des Gesellschaftsrechts verleugnen, wollte man eine Gesellschaft ohne Gesellschafter dulden". Bei 100%igem Besitz eigener Aktien (vgl. Schmidt-Goerdeler bei Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, 6. Aufl., Anm. 21 zu § 33, auf den Schilling, Fußn. 27 verweist, mag das gelten. Im Falle wB von 100% würde es sich aber nicht um eine Keinmanngesellschaft handeln, sondern um wechselseitige Einmanngesellschaften. Die Annahme einer Keinmanngesellschaft - so sehr sie wirtschaftlich gesehen zutreffend wäre - würde rechtlich einheitliche Behandlung voraussetzen.

111) Hefermehl aaO S. 304; Boesebeck aaO DB 55, 401, ders. ZKredW 56, 766; aa Winter aaO S. 26, vgl. unten S. 38 und 40 ff.

Gegen die Möglichkeit eines solchen Umkehrschlusses wenden sich Marsilius ¹¹⁴ und neuerdings sehr eingehend Winter ¹¹⁵. Nach Winter ¹¹⁶ sprächen das grundsätzliche Erwerbsverbot in § 65 V und das sogar ausnahmslos geltende Übernahmeverbot in § 52 II eher für die Unzulässigkeit wB. Ebenso wenig spräche § 114 VI für die Zulässigkeit wB, da diese Bestimmung die Zulässigkeit des Erwerbs offenlasse. Diesen Überlegungen kann jedoch nicht gefolgt werden. Die in den §§ 52 II, 65 V und 114 VI vorgesehenen Beschränkungen knüpfen an den Tatbestand der Abhängigkeit an und sollen ihrem Wortlaut nach nur wB zwischen einem herrschenden und abhängigen Unternehmen verhindern bzw. dem abhängigen Unternehmen - für das allein das Übernahme- und Erwerbsverbot gilt - auch die Ausübung des Stimmrechts unmöglich machen. Diese Bestimmungen lassen daher zunächst logisch einwandfrei den Schluß zu, daß Beschränkungen nicht gelten sollen, wenn eine Abhängigkeit nicht besteht. Zu untersuchen ist aber, ob dieser Schluß auch den Grundvorstellungen und Absichten des Gesetzgebers entspricht bzw. ob er dem immanenten Zweck des Gesetzes gerecht wird ¹¹⁷.

cc) Die Ausführungen der Amtlichen Begründung

Diese Erwägung, die zu dem Ergebnis führt, daß wB jedenfalls solange zulässig sind, als keines der beiden wechselseitig beteiligten Unternehmen von dem anderen abhängig ist, wird auch bestätigt durch die Ausführungen, die die "Amtliche Begründung" ¹¹⁸ zur "wB" macht, wenn diese auch zunächst nur einen Hinweis darauf geben, wie der Gesetzgeber zur Frage der "wechselseitigen Abhängigkeit", d.h. zur Möglichkeit der Subsumption wB unter § 15 II AktG, stand. Die Amtliche Begründung führte zu § 15 AktG folgendes aus:

"Auch bei einer wechselseitigen Verflechtung von Unternehmen entscheidet sich die Frage, ob das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist danach, ob der Aktienbesitz des einen allein oder in Verbindung mit anderen Mitteln ihm die Beherrschung des anderen gestattet. Dabei ist hervorzuheben, daß eine wechselseitige Verflechtung von Unternehmen durch gleich oder ungefähr gleich hohen wechselseitigen Aktienbesitz in der Regel eine Abhängigkeit des einen Unternehmen von dem anderen nicht begründen kann, da keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen kann, sie vielmehr auf eine Verständigung angewiesen sind".

112) Ebenso Winter aaO S. 33; aa Hans Würdinger, Aktienrecht, Karlsruhe 1959, S. 213.

113) Vgl. Fußn. 111.

114) Marsilius, Georg, "Wechselseitige Aktienbeteiligung", ZKredW 1957, 363.

115) aaO S. 25, 26, 38, 51 ff. 116) aaO S. 25, 26.

117) Auf das Problem der Interpretation - objektive oder subjektive Auslegung - soll nicht grundsätzlich eingegangen werden, sondern nur soweit es im Einzelnen notwendig sein wird.

118) Textausgabe von Gottfried Matthes, Aktienrecht, Berlin 1937, S. 162.

Die amtliche Begründung folgt also der Iduna-Entscheidung des RG 149, 305 ff. Sie will gleich oder ungefähr gleich hohe wB - auch wenn sie für sich betrachtet beherrschenden Einfluß gewähren - nicht als voneinander abhängig ansehen (sofern nicht einseitige Beherrschung vorliegt) und sie damit den für abhängige Unternehmen geltenden Beschränkungen hinsichtlich der Übernahme und des Erwerbs von Aktien der jeweils anderen Gesellschaft und der Ausübung der Rechte aus diesen Aktien nicht unterworfen wissen. Wenn sich damit die amtliche Begründung auch nur mit dem Problem befaßt, ob bei einem derartig gestalteten Beteiligungsverhältnis Beherrschung und Abhängigkeit im Sinne des § 15 II vorliegen kann (und ihrem Hinweis insbesondere auch nicht entnommen werden kann, ob die Verfasser der amtlichen Begründung die Problematik und die Gefahren wB allgemein erkannt haben) ¹¹⁹, so wäre doch diese Bemerkung der amtlichen Begründung sinnlos, wenn die Verfasser der amtlichen Begründung damit nicht zugleich sagen wollten, daß wB - sofern sie nicht zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen bestehen - keinerlei aus dem Gesetz zu folgernden Beschränkungen unterliegen sollten. Allerdings müßte diese Vorstellung auch im Gesetz, wenn auch nur unvollkommen Ausdruck gefunden haben; denn der amtlichen Begründung kann selbst bei subjektiv historischer Auslegung nur die Bedeutung eines Indizes für eine sich aus dem Gesetz ergebende Interpretation beigemessen werden ¹²⁰.

dd) Allgemeine Unzulässigkeit wB (Marsilius, Winter) ?

Eine allgemeine Unzulässigkeit wB aus dem Übernahme- und Erwerbsverbot für eigene Aktien zu folgern versuchen Marsilius ¹²¹ und neuerdings sehr eingehend Winter ¹²².

Marsilius geht von der rechtspolitisch verstandenen These Boesebecks ¹²³ aus, daß, wenn die "Gesellschaft A 40 % des Grundkapitals der Gesellschaft B und die Gesellschaft B 40 % des Grundkapitals der Gesellschaft A besitzt, jede Gesellschaft wirtschaftlich 40 %

119) So richtig Winter aaO. S.26 und 38.

120) Soweit ist Winter aaO S.26 zu folgen; vgl. zur Bedeutung der amtl. Begründung für die subjektive Auslegungslehre Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1, Allgem. Teil 15. Aufl., Tübingen 1959, §§ 54 II, 55; Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1959 S. 95, 96; für die objektive Auslegungsweise kann die amtl. Begründung die Auslegung nur bestätigen oder anders nicht zu klärende Zweifel ausräumen, vgl. Winter aaO Fußn. 145 mit Hinweisen.

121) aaO (Fußn. 114)

122) aaO S. 25, 26, 38, 51 ff.

123) aaO ZkredW 56, 767.

von 40 % = 16 % ihres Grundkapitals zurückgewährt hat, also mehr als sie beim Erwerb eigener Aktien günstigstenfalls zurückgewähren dürfte". Marsilius schreibt:

"Er (Anm. des Verf.: Boesebeck) meint wenig später, "solche Ergebnisse nehme der Gesetzgeber in Kauf". Ist das richtig? Wenn eine Aktiengesellschaft Aktien, die eigenen Aktien gleichzuachten sind, erwirbt und dafür im wirtschaftlichen Effekt mehr als 10 % Grundkapital fortgibt, dann verstößt das doch wohl gegen § 65 AktG, der Gesetzgeber verbietet es also".

Diese Darlegung kann nur so verstanden werden, daß Marsilius eine Begründung derartiger wB als gegen § 65 I AktG verstoßend ansehen will. Wenn Marsilius weiter ausführt,

"Freilich ist zuzugeben, daß im Augenblick eines dahingehenden Aktienaustausches eine Abhängigkeit vielleicht noch nicht besteht, sondern erst durch diesen Austausch geschaffen wird, ich meine aber, daß bei sinngemäßer Gesetzesauslegung § 65 AktG als einschlagend angenommen werden kann - kann, nicht muß! Es wird hier sehr stark auf die Umstände des Einzelfalles ankommen".

so spricht auch diese Stelle dafür, daß Marsilius § 65 I AktG angewendet wissen will oder zumindest meint, daß seiner Anwendung keine rechtlichen Bedenken entgegenstehen; denn eine Anwendung von § 65 V AktG würde Abhängigkeit der durch Aktienerwerb eine wB begründenden Gesellschaft von der Gesellschaft, deren Aktien sie erwirbt oder erwerben will, voraussetzen. Marsilius will aber § 65 AktG schon auf den die Abhängigkeit (wohl wechselseitiger Art) erst begründenden Erwerb und damit § 65 I AktG anwenden. Da eine Aktiengesellschaft eigene Aktien auch bis zu 10 % des Grundkapitals nur unter bestimmten Voraussetzungen erwerben darf, würde diese Auffassung für das geltende Recht bei konsequenter Durchführung bedeuten, daß eine Aktiengesellschaft Aktien einer anderen AG nicht mehr erwerben dürfte, sofern diese überhaupt nur Aktien - gleich in welchem Umfang - von ihr besitzt; denn "wirtschaftlich" läge darin ein Erwerb eigener Aktien. Auf die "Umstände des Einzelfalles" könnte es über die in § 65 I AktG bestimmten Möglichkeiten des Erwerbs eigener Aktien gar nicht ankommen.

Für Winter¹²⁴ geht Marsilius nicht weit genug, wenn er den Erwerb wB nur "nach den Umständen des Einzelfalles" in sinngemäßer Anwendung von § 65 AktG für verboten hält¹²⁵. Winter hält grundsätzlich jede Begründung wB nach geltendem Recht für verboten.

124) aaO S. 51 ff.

125) Winter aaO S. 53 Fußn. 264.

Er geht davon aus, daß die wechselseitige Aktienübernahme die Aufbringung des erforderlichen Grundkapitals "verhindert oder gefährdet", da "die von den Gesellschaften geleistete Einlage wegen der entstehenden gegenseitigen Beteiligung durch die ihr Kapital erhöhende Gesellschaft im Ergebnis m i t f i n a n z i e r t werden muß" und zwar in dem Umfang, "in dem diese infolge der Übernahme ihrer Aktien durch die andere Gesellschaft mittelbar an sich selbst beteiligt wird" ¹²⁶. Entsprechend werde durch wechselseitigen Aktienerwerb "das Vermögen der beteiligten Gesellschaften r e d u z i e r t". In dem Umfange, in dem die Gesellschaften mittelbar an sich selbst beteiligt werden, fließe ihnen "kein neuer Vermögenswert als Ausgleich für den Kaufpreis" zu. Insoweit laufe der wechselseitige Aktienerwerb, "vom wirtschaftlichen Ergebnis her gesehen, auf eine R ü c k g e w ä h r v o n E i n l a g e n an die veräußernden Aktionäre" hinaus ¹²⁷. Von diesen Feststellungen ausgehend, will Winter ¹²⁸ die Begründung wB nach geltendem Recht für verboten halten. Die wechsel-

126) Winter aaO S. 45.

127) Winter aaO S. 46; Winter glaubt seine Ansicht von der im Schrifttum namentlich von Würdinger aaO S. 215, Mestmäcker aaO S. 114, 148/149 und Kropff aaO S. 15 vertretenen Ansicht dadurch unterschieden, daß er nicht von einer "wirtschaftlichen Einheit" der verbundenen Unternehmen ausgehe, "sondern grundsätzlich umgekehrt auf die Vermögensverhältnisse jeder einzelnen Gesellschaft g e s o n d e r t" abstelle (aaO S. 43). Winter wendet sich mit dieser Überlegung gegen die Annahme des obengenannten Schrifttums, daß keine der Gesellschaften durch eine wechselseitige Aktienübernahme neue Mittel erlange bzw. bei wechselseitigem Aktienerwerb keine den Kaufpreis wenigstens teilweise deckende Gegenleistung erhalte. Wie die spätere Untersuchung dieser Frage, vgl. S. 135 ff., zeigen wird, trifft diese Ansicht Winter's auch bei g e - s o n d e r t e r Betrachtung (allerdings unter notwendiger Berücksichtigung der Gegenseitigkeit der Beteiligung) nicht zu. Allerdings tritt die Folge wechselseitiger Aktienübernahme oder wechselseitigen Aktienerwerbs für jede Gesellschaft unabhängig davon ein, ob beide sich in einer Unternehmensverbindung befinden oder nicht. Wenn aber auch Winter (wie übrigens auch das genannte Schrifttum) nicht "von dem als wirtschaftliche Einheit angesehenen Vermögen aller an der Verflechtung beteiligten Gesellschaften" im Sinne eines "einheitlichen Haftungsstockes" (Winter aaO S. 42) ausgeht, so behandelt er doch gleichwohl die beteiligten Gesellschaften als wirtschaftliche und (sogar, soweit er wB für verboten hält) als rechtliche Einheit: denn bei wB durch verhältnismäßige Zurechnung der ggsB mittelbar eigenen Aktienbesitz anzunehmen, bedeutet nichts anderes, als beide Unternehmen wirtschaftlich und (soweit er sie rechtlich gleichsetzt) rechtlich als Einheit zu behandeln, auch wenn dabei die Wirkung der wB auf das Grundkapital für jede Gesellschaft g e s o n d e r t betrachtet wird.

128) aaO S. 51 ff.

seitige Aktienübernahme verstoße gegen den "das Aktienrecht beherrschenden Grundsatz der unbedingten Sicherung der Aufbringung des Grundkapitals, der in zahlreichen Vorschriften des AktG seinen Ausdruck gefunden" habe und auch von Lehre und Rechtsprechung weiterentwickelt sei ¹²⁹. Das Gläubigerinteresse erfordere die Durchsetzung dieses Grundsatzes auch im Falle wB und damit das Verbot ihrer Begründung. Dieses Verbot der ggs Aktienübernahme durch Rechtsfortbildung praeter legem sei um so mehr gerechtfertigt, als der Gesetzgeber diesen Grundsatz selbst auf die Übernahme eigener Aktien und die Übernahme von Aktien einer herrschenden durch eine abhängige Gesellschaft angewandt habe. In vermögensrechtlicher Beziehung entspreche die Begründung wB völlig diesen Geschäften. Außerdem träfen die für die gesetzlichen Regelungen "mitursächlichen Gründe", die Verhütung von Mißbräuchen ¹³⁰ und die "Verhinderung von ungerechtfertigten Veränderungen der Machtverhältnisse in der Gesellschaft" ¹³¹ auch bei wB zu. Es bedeute deshalb nichts anderes als ein "Zu-Ende Denken" ¹³² "des sich in § 51 Abs. 2 AktG konkretisierenden spezielleren Wertungsgedankens, wenn die gegenseitige Übernahme von Aktien verboten wird" ¹³³. Was weiter den gegenseitigen Erwerb nicht voll eingezahlter Aktien betreffe, meint Winter ¹³⁴, so verstehe es sich von selbst, daß auch dieser verboten sein müsse, da "bezüglich der restlichen Einlageforderungen dieselbe Lage besteht, wie wenn die Gesellschaften die Aktien ursprünglich selbst übernommen hätten". Aber auch der gegenseitige Erwerb voll eingezahlter Aktien müsse nach geltendem Recht als unerlaubt angesehen werden. Die als Folge erkannte teilweise Rückgewähr von Einlagen verletze den aktienrechtlichen Grundsatz der Bindung des Gesellschaftsvermögens, der im Interesse der Gläubiger die Erhaltung des Grundkapitals bezwecke und darüber hinaus auch die Aktionäre gegen eine ungleiche Behandlung und gegen eine das ihnen gemeinsam gehörende Vermögen zweckentfremdende Rückzahlung schütze. Dieser im AktG vor allem in den Bestimmungen der §§ 52, 54 niedergelegte Grundsatz müsse wegen seiner Bedeutung auch bei gegenseitigem Aktienerwerb zur Geltung gebracht werden. Dieser dürfe nicht anders behandelt werden,

129) Vgl. hierzu die Hinweise bei Winter aaO S. 51.

130) Vgl. dazu Winter aaO S. 50 und unten S. 145.

131) Vgl. dazu Winter aaO S. 49/50 u. 58 ff u. unten S. 146 ff.

132) Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl. Stuttgart 1952 (hrsg.v.K.Zweigert), S.243; Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; S. 259 ff.

133) Winter aaO S. 52.

134) aaO S. 52.

als der Erwerb eigener Aktien und der Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft. Zudem entsprächen die Auswirkungen denen des Erwerbs eigener Aktien, was die Beeinträchtigung der Liquidität, die mißbräuchliche Benutzung der Erwerbsmöglichkeit und die ungerechtfertigte Veränderung der Machtverhältnisse in der Gesellschaft betreffe.

Auch Winter erkennt, daß gegen seine Auffassung geltend gemacht werden kann, ein Verbot der gegenseitigen Aktienübernahme und des gegenseitigen Aktienerwerbs mache den § 51 II und entsprechend den § 65 V - soweit sie "die durch Beteiligung vermittelte Abhängigkeit" regeln - "praktisch (nicht auch dogmatisch) bedeutungslos" ¹³⁵. Beide Bestimmungen wären praktisch nur noch anzuwenden, wenn, wie Winter richtig sieht, die Abhängigkeit nicht durch eine Beteiligung vermittelt wird, genauer, wenn das herrschende Unternehmen nicht nur keine an sich zur Beherrschung ausreichende Beteiligung besitzt, sondern überhaupt nicht an der abhängigen Gesellschaft beteiligt ist ¹³⁶. Daß dieses Ergebnis nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht, sieht auch Winter, zumal § 15 II gerade die Beteiligung als Mittel der Beherrschung beispielhaft aufführt. Ein argumentum e contrario könne aber den §§ 51 II, 65 V nicht entnommen werden. Sie beruhten "auf der einseitigen und daher zwangsläufig unvollständigen Erfassung des Problems unter dem Gesichtspunkt der Umgehung des Übernahmeverbots (Anm. des Verf.: und des Erwerbsverbots) für eigene Aktien" ¹³⁷. Das Gesetz sei, sagt Winter ¹³⁸ "einsichtiger als der Gesetzgeber"; ihm dürfe nicht entnommen werden, daß es die Fälle, auf die die Wertung des Übernahmeverbots (und des Erwerbsverbots) für eigene Aktien gleichfalls zuträfen, als zulässig anerkannt wissen wolle.

135) aaO S. 52.

136) Gegen die Anwendung von § 51 II und 65 V in diesen Fällen Würdinger aaO S. 213, da diese Bestimmungen nur den "Schutz der finanziellen Solidität" der herrschenden Gesellschaft durch Verhinderung wB bezwecken. Diese einengende Auslegung widerspricht schon dem Wortlaut der Bestimmungen, aber auch ihrem primären Zweck, Umgehungen der für den Erwerb eigener Aktien geltenden Grundsätze zu verhindern, durch die zwar in erster Linie die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals der herrschenden Gesellschaft gewährleistet werden soll, aber auch mißbräuchliche Kursbeeinflussung und Spekulation in eigenen Aktien ausgeschlossen werden sollte. Für die Anwendung dieser Bestimmungen, auch wenn die Beherrschung nicht auf Beteiligung beruht, gegen Würdinger wie hier auch Winter aaO S. 33.

137) aaO S. 52; vgl. auch aaO S. 38 und oben S. 37/38.

138) In Anlehnung an Adolf Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts I, 1885, S. 256.

Winters Ansicht ist aber nicht haltbar. Wenn er einem rechtlich selbständigen Unternehmen, das Aktien eines anderen Unternehmens übernehmen oder erwerben will, Aktien, die dieses andere Unternehmen von dem ersten Unternehmen besitzt, in einem bestimmten Verhältnis als mittelbar eigenen Besitz zurechnet, identifiziert er beide Unternehmen, d.h. behandelt sie rechtlich als Einheit, auch wenn er die Auswirkungen der Begründung wB für jedes Unternehmen gesondert betrachtet. Er mißachtet damit die für das Recht der juristischen Personen grundlegende Scheidung zwischen der eine eigene Rechtsperson bildenden Körperschaft und ihren Mitgliedern. Winter setzt für sein Verbot wB keineswegs wirtschaftliche Identität beider Gesellschaften voraus, folgert also nicht etwa im Sinne der Einheitstheorie die rechtliche Gleichstellung beider Gesellschaften aus ihrer wirtschaftlichen Einheit, obwohl selbst der Gesetzgeber in den §§ 52 II, 65 V Tatbeständen wirtschaftlicher Unternehmenszusammenschlüsse Rechnung tragen wollte ¹³⁹. Winter will lediglich dem Zweck eines Grundsatzes (des Übernahmeverbotes eigener Aktien) und einer Bestimmung (des Erwerbsverbots eigener Aktien in § 65 I) auch im Verhältnis zweier Gesellschaften zueinander verwirklicht sehen ¹⁴⁰ - gleichgültig, ob zwischen diesen Unternehmen ein Beziehungsverhältnis (koordinierter oder subordinierter ¹⁴¹ Art) oder keines besteht. Zwar treten die Folgen

139) Vgl. die amtliche Begründung aaO S. 161.

140) Vgl. hierzu die grundsätzlichen Ausführungen von Serick aaO (Fußn. 102), S. 208 (Zusammenfassung); danach dürfe die Rechtsform der juristischen Person mißachtet werden, wenn andernfalls der Zweck einer Norm nicht erreicht werden würde; grundsätzlich sei dafür jedoch subjektiv ein Mißbrauchstatbestand zu fordern; eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nach Serick nur dann gelten, wenn es sich um eine korporationsrechtliche Norm handle, die von so grundlegender Bedeutung sei, daß ihr Zweck auch nicht mittelbar beeinträchtigt werden dürfe. Die Scheidung von Korporation und Mitglied ermögliche gerade eine solche Beeinträchtigung, d.h. einen Konflikt zwischen einem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz und einer speziellen gesellschaftsrechtlichen Norm. Werde also durch eine zweite juristische Person bei der ersten Rechtswirkungen hervorgerufen, die der Gesetzgeber für diese vermeiden wollte, so sei eine Identifizierung beider juristischer Personen gerechtfertigt. Entscheidend sei das Gewicht der fraglichen Norm im System des Rechts dieser Korporation. Der Wille des Gesetzgebers, den Zweck dieser Norm verwirklicht zu sehen, müsse gegebenenfalls dann auch auf Kosten der Rechtsform der juristischen Person respektiert werden.

141) Einer herrschenden Gesellschaft will Winter aber offensichtlich ohne Rücksicht auf eine Gegenbeteiligung des abhängigen Unternehmens den weiteren Aktienerwerb erlauben, vgl. Winter aaO S. 27.

wB für das Grundkapital tatsächlich unabhängig davon ein, ob beide Unternehmen verbunden sind oder nicht ¹⁴². Aber die Gefahr mißbräuchlicher Ausnutzung der Erwerbsmöglichkeit und die Gefahr einer Veränderung der Machtverhältnisse in den Gesellschaften bestehen erst, wenn die Begründung der wB planmäßig zur Erreichung bestimmter gemeinsamer Zwecke erfolgt, also eine Unternehmensverbindung vorliegt. So setzt auch der Gesetzgeber in den §§ 52 II, 65 V Beherrschung oder doch die Möglichkeit ¹⁴³ beherrschender Einflußnahme voraus, also einen Unternehmenszusammenschluß im Verhältnis der Über- und Unterordnung. Selbst wenn Winters Ansicht richtig wäre, daß der Gesetzgeber "die wechselseitigen Beteiligungen nur im Rahmen und als Teil der Problematik des abhängigen Unternehmens" ¹⁴⁴ gesehen und "gar nicht in Betracht gezogen hat, ob die Entstehung wechselseitiger Beteiligungen auch unabhängig von dem speziellen Gesichtspunkt der Verbotsumgehung mittels eines beherrschten Unternehmens aktienrechtlich von Bedeutung sein kann" ¹⁴⁵, er also nicht generell seine Grundvorstellungen, was die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals, die Gleichbehandlung der Aktionäre, ihren Schutz vor Mißbräuchen und Einflüssen der Verwaltung in der HV betrifft, im Verhältnis zweier rechtlich selbständiger Unternehmen zueinander zur Geltung bringen wollte (und nur irrtümlich angenommen hat, Gefahren in dieser Richtung erwachsen aus wB nur in Abhängigkeitsverhältnissen), so würde sich daraus gleichwohl nicht die allgemeine Unzulässigkeit wB folgern lassen. Es wäre dann allerdings dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß es die weiteren Fälle, auf die die Wertung des Übernahme- und Erwerbsverbots für eigene Aktien auch zutrifft, als zulässig anerkannt wissen wollte. Es läge also eine Lücke im Gesetz vor. Diese dürfte aber gleichwohl nicht im Sinne Winters geschlossen werden: es müßte beachtet werden, daß der Gesetzgeber die für eigene Aktien geltenden Grundsätze im Verhältnis zweier rechtlich selbständiger Unternehmen zueinander jedenfalls in einem bestimmten Fall zur Geltung gebracht hat, dabei aber an einen Tatbestand wirtschaftlicher Unternehmenszusammenfassung, nämlich den der Beherrschung und Abhängigkeit angeknüpft

142) Vgl. Rußn. 127 und unten S. 140 und 145.

143) Vgl. dazu unten S. 57 ff.

144) aaO S. 38.

145) aaO S. 39.

hat ¹⁴⁶. Ohne etwa der Einheitlichkeitstheorie in ihrem absoluten Geltungsanspruch zu folgen ¹⁴⁷, sprach der Gesetzgeber doch die Durchbrechung des Grundsatzes von der Scheidung der juristischen Person von ihren Mitgliedern, mit dem Ziel, den Wirklichkeitswert der für eigene Aktien geltenden Grundsätze zu erhöhen, nur bei einem Tatbestand weitgehender wirtschaftlicher Einheit aus. Wollte man also Winter's Ansicht folgen, daß die Bestimmungen der §§ 51 II, 65 V nicht für eine allgemeine Zulässigkeit wB (sofern sie nicht durch diese Bestimmungen getroffen werden) sprechen und damit das Übernahme- und Erwerbsverbot für eigene Aktien auch auf andere Fälle angewendet werden könnte, so müßte doch einengend der Wertung des Gesetzgebers in den §§ 51 II, 65 V insoweit Rechnung getragen werden, als das Übernahme- und Erwerbsverbot im Verhältnis zweier Unternehmen zueinander erst zur Geltung gebracht werden dürfte, wenn eine Unternehmensverbindung konzernrechtlicher Art gegeben ist. Die Systematik der Konzernvorschriften des Aktiengesetzes läßt aber auch diese eingeschränkte analoge Anwendung des Übernahme- und Erwerbsverbots für eigene Aktien nicht zu. Der Begriff des Konzerns in § 15 I knüpft an das Vorliegen "einheitlicher Leitung" an, unterscheidet aber nicht ¹⁴⁸ gleichgeordnete Konzernunternehmen und solche zwischen denen Über- und Unterordnung besteht. Er umfaßt beide Möglichkeiten. Bei beiden ist wirtschaftliche Einheit gegeben und sogar als wirtschaftliche Unselbstständigkeit Voraussetzung. Das Übernahme- und Erwerbsverbot im Verhältnis zweier rechtlich selbständiger Unternehmen zueinander knüpft dagegen nicht an den Begriff der einheitlichen Leitung an, sondern an den der Abhängigkeit, ist also nur für den Unterordnungskonzern ausgesprochen und nicht für den Gleichordnungskonzern. Dieser Überlegung könnte nicht entgegengehalten werden, daß sie lediglich historisch auslegend ist. Sie ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, ist also auch von einer objektiv-teleologischen Auslegung zu beachten ¹⁴⁹.

146) Das müßte auch Serick beachten, auch wenn er keineswegs die Einheitstheorie vertreten will (aaO S. 116). Er äußert sich auch nur zum Fall der abhängigen GmbH und dem eines Einmann-gesellschafters einer Korporation. In seinem Sinne wäre also wohl die Möglichkeit einer mittelbaren Anwendung von § 65 I z.B. auch durch das Verhältnis dieser Norm zu der spezielleren des § 65 V bestimmt.

147) Wie sie allerdings nicht von Friedlaender verstanden wurde, vgl. oben S. 33.

148) Anders als Referentenentwurf (RefE) eines Aktiengesetzes und Regierungsentwurf (RegE) eines Aktiengesetzes in § 17 I und II.

149) Wie sie wohl Winter will, vgl. aaO S. 26 und 62, vgl. Fußn. 120.

Gar nicht beachtet Winter, daß seine Lösung konzernrechtliche Auswirkungen hätte, für die das Gesetz auch nicht den geringsten Anhaltspunkt liefert. So könnte ein Unternehmen, das Beherrschung durch ein anderes mittels Beteiligung fürchtet, diesem den weiteren Zuerwerb durch Erwerb einer Gegenbeteiligung unmöglich machen ¹⁵⁰. Noch bedenklicher (ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung) wäre, daß ein Unternehmen, das an einem anderen beteiligt wäre, dieses Unternehmen in der Hand hätte, ohne daß dieses irgendwie zur Gegenwehr berechtigt wäre ¹⁵¹.

Diesen Einwänden kann nicht entgegengehalten werden, daß die §§ 52 II, 65 V nicht in erster Linie wB verhindern wollen, sondern nur eine Umgehung des Übernahme- und Erwerbsverbots für eigene Aktien durch eine herrschende Gesellschaft ausschließen sollen ¹⁵². Beide Bestimmungen wollen auch eine wB verhindern, nämlich dann, wenn die Beherrschung auf einer Beteiligung beruht, wie es vom Gesetz (§ 15 II) sogar als Regelfall angenommen wird. Entscheidend ist aber, daß das AktG eine rechtliche Gleichsetzung zweier juristisch selbständiger Unternehmen nur ausspricht, um einem Tatbestand wirtschaftlicher Unternehmenszusammenfassung Rechnung zu tragen. Diese Einschränkung müßte auch Winter machen, selbst wenn ihm dahingehend zu folgen wäre, daß sich aus den §§ 52 II, 65 V kein argumentum e contrario auf die Zulässigkeit wB (sofern kein Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist) ergebe.

Der Konzernsystematik des AktG entsprechender ist aber, gegen Winter anzunehmen, der Gesetzgeber habe die wB allein aus dem Grunde nur unter dem Gesichtspunkt der Abhängigkeit verfolgt, weil er sich der Gefahren, die allgemein aus wB zwischen konzernmäßig zusammengefaßten Unternehmen entstehen, nicht bewußt gewesen ist und sie irrtümlich auf Abhängigkeitsverhältnisse be-

150) Erst ein herrschendes Unternehmen soll offensichtlich auch bei verbotswidriger Gegenbeteiligung des abhängigen Unternehmens dessen Aktien erwerben können, vgl. Winter aaO S. 27.

151) Allerdings läßt Winter aaO S. 55/56 geringfügige wB (bis zu ca. 10%) auch ohne das Vorliegen der in § 65 I normierten Ausnahmegründe zu, vgl. unten S. 51. Die geschilderte Wirkung würde dann erst bei dem Besitz einer maßgeblicheren Beteiligung eintreten. Vgl. zu diesem Einwand de lege ferenda S. 199/200.

152) So Winter aaO S. 52; Würdingers Äußerung, aaO S. 213, daß das AktG die wechselseitige Verflechtung zweier AGn verhindern wollte, ist natürlich unrichtig, wie schon die Bemerkung der amtlichen Begründung ergibt. Im übrigen steht sie auch im Widerspruch zu Würdingers eigenen Ausführungen aaO S. 215.

schränkt ansah. Es läge dann primär ¹⁵³ (nach dem Willen des Gesetzgebers, wenn auch durch eine irrige Vorstellung bedingt) keine Lücke im Gesetz vor. Dieser Annahme entspricht auch die Bemerkung der amtlichen Begründung zur wechselseitigen "gleich oder ungefähr gleich hohen" Beteiligung ¹⁵⁴. Aus ihr läßt sich zwar nicht entnehmen, ob der Gesetzgeber die Problematik der wB allgemein erkannt hat ¹⁵⁵ und sich der Gefahren wB bei Unternehmensverbindungen anderer Art als Abhängigkeitsverhältnissen bewußt war ¹⁵⁶. Wohl aber läßt sich der amtlichen Begründung entnehmen, daß der Gesetzgeber den Fall wechselseitig gleich oder ungefähr gleich hoher - auch für sich betrachtet beherrschender Beteiligungen für nicht unter § 15 II subsumierbar gehalten hat und ihn somit nicht den für abhängige Unternehmen aufgestellten Beschränkungen unterworfen wissen wollte. Er wollte die Antwort auf die Frage nach der Rechtslage für wB aus § 15 II (in Verbindung mit den sie ausfüllenden Normen) geben und zwar auch geben für den Fall wechselseitiger gleich oder ungefähr gleich hoher Beteiligungen. Er wollte keine Lücke im Gesetz lassen. Eine andere Auslegung ergibt sich gegen Winter aber auch nicht aus dem Gesetz: die Konzernsystematik (ausgehend von Tatbeständen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit), der von § 15 II iVm den §§ 52 II und 65 V einer Beschränkung unterworfenen Regelfall (einer Beherrschung mittels Beteiligung) läßt nicht den Schluß zu, daß die Begründung wB in den nicht unter § 15 II subsumierbaren Fällen durch rechtliche Gleichsetzung zweier juristisch selbständiger Unternehmen in analoger Anwendung der für eigene Aktien geltenden

- 153) Der Ausdruck soll hier nicht in zeitlichem Sinne verstanden werden (wie in etwa Engisch aaO S. 141, 157 im Gegensatz zu "sekundären Lücken" - also Lücken, die durch Änderung der Verhältnisse in Erscheinung treten - versteht). Es soll damit nur angedeutet werden, daß unter Umständen doch eine Lücke - allerdings im Rahmen der vom Gesetzgeber für lückenlos gehaltenen Regelung - angenommen werden kann.
- 154) Auch wenn man den Hinweis der amtlichen Begründung im Sinne Winters (aaO S. 26) lediglich als Indiz für eine sich aus dem Gesetz - so allerdings gegen Winter aus dem Wesen der §§ 52 II und 65 V, ihrem Verhältnis zu § 15 II und ihrer Stellung in der Konzernsystematik des AktG - ergebende Auslegung anerkennt.
- 155) So richtig Winter auch aaO S. 26.
- 156) Wie das wohl Boesebeck, ZKredW 1956, 766, annimmt, wenn er davon spricht, der Gesetzgeber sei "bei seiner rechtspolitischen Konzeption bewußtermaßen auf halbem Wege stehen geblieben". Es läge dann aber nicht, wie Boesebeck (aaO) das annimmt, eine echte Lücke vor, (und zwar nicht nur primär, bedingt durch eine irrige Vorstellung, sondern bewußt in Erkenntnis der Problematik). Dem Gesetz ließe sich ja eine Antwort entnehmen. Man könnte allenfalls von einer "rechtspolitischen" Lücke (de lege ferenda) sprechen. Vgl. hierzu Engisch aaO S. 135 und besonders 138.

Grundsätze und Bestimmungen als vom Gesetz untersagt angenommen werden könnte. Die §§ 52 II und 65 V sind - was das Verhältnis zweier juristisch selbständiger Personen zueinander betrifft - Ausnahmenvorschriften: sie ordnen für bestimmte Fälle eine Durchbrechung des Grundsatzes von der Scheidung der juristischen Person von ihren Mitgliedern an und lassen ein argumentum e contrario auf die Zulässigkeit wB - soweit sie nicht von den §§ 52 II und 65 V erfaßt werden - zu ¹⁵⁷.

Der Ansicht von Winter (und Marsilius) kann also nicht gefolgt werden. Der Begründung wB kann nur im Rahmen der konzernrechtlichen Bestimmungen des AktG begegnet werden, d.h., solange die §§ 52 II 65 V ihr nicht entgegenstehen, ist die Begründung wB zulässig. Was im Besonderen gleich oder ungefähr gleich hohe - für sich betrachtet beherrschende wB betrifft und ihre Erhöhung durch wechselseitige Aktienübernahme oder Aktienerwerb, so hat sich ihre Zulässigkeit ebenfalls nach den §§ 52 II und 65 V zu richten. Sollten sie nicht direkt durch diese Bestimmungen erfaßt werden können, so könnte eine entsprechende - analoge - Anwendung dieser Bestimmungen in Frage kommen, soweit sie entsprechend anwendbar sind ¹⁵⁸. Eine entsprechende Anwendung der für eigene Aktien geltenden Grundsätze und Bestimmungen hat jedoch auszuschneiden.

Die Auffassung von Winter ist aber nicht nur in ihrer Ableitung rechtsdogmatisch unhaltbar. Auch ihre praktische Durchführung würde ihre Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht erweisen. Zunächst wäre die Anwendung der in § 65 I normierten Ausnahmenvorschriften auf die Begründung wB schwierig. Der "schwere Schaden" müßte nach Winter ¹⁵⁹ j e d e r der beiden Gesellschaften drohen, erfolgte die Begründung der wB gleichzeitig. Anders sollte

157) Auch nach Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 10. Aufl., München u. Berlin 1959, § 65 Anm. 1 (Schlußabsatz) ist § 65 eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift. Die Ansicht Winters (aaO S. 53), § 65 stelle keine echte, normative Ausnahme dar, weil er auf einem "allgemeinen Grundsatz des Aktienrechts beruht", ist nicht richtig: § 65 I läßt Ausnahmen zu von dem g r u n d s ä t z l i c h e n Verbot des Erwerbs eigener Aktien. Daß Abs. 1 eng auszulegen ist, wird auch Winter nicht bestreiten wollen. Der Ausnahmecharakter von Abs. 5 ergibt sich daraus, daß in dieser Bestimmung das Prinzip der Scheidung von juristischer Person und Mitglied zugunsten der Verwirklichung eines speziellen aktienrechtlichen Grundsatzes - dem des Verbots der Einlagenrückgewähr bzw. des Verbots des Erwerbs eigener Aktien - aufgegeben wird und eine rechtliche Gleichsetzung beider Gesellschaften in bestimmter tatbestandsmäßig begrenzter Beziehung vorgenommen wird.

158) Dh., soweit doch noch eine Lücke angenommen werden kann, allerdings nur eine Lücke im Rahmen des in den §§ 52 II und 65 V zum Ausdruck kommenden Ausnahmeprinzips; vgl. dazu unten S. 113 ff.

159) aaO S. 54.

es nur sein, wenn bereits vorher eine einseitige Beteiligung bestand. Es wäre dann ausreichend, wenn der die gegenseitige Verflechtung begründende Beteiligungserwerb zur Abwehr eines der erwerbenden Gesellschaft drohenden Schadens erfolgte. Da nach Winter das Verbot wB die Gläubiger und Aktionäre beider Gesellschaften schützen soll und nicht nur wie § 65 V auf das Interesse einer Gesellschaft der herrschenden, der auch der schwere Schaden drohen muß¹⁶⁰, abstellt, wäre das grundsätzliche Erfordernis eines beiderseitigen drohenden Schadens folgerichtig. Es zeigt aber wieder, daß Winter beide Gesellschaften rechtlich als Einheit behandeln will, ohne jedoch eine wirtschaftliche Verbundenheit auch nur geringen Umfangs vorauszusetzen. Im übrigen wäre Kenntnis des beiderseitigen drohenden Schadens unabdingbare Voraussetzung eines Verbots wB. Wie diese nach geltendem Recht gewährleistet sein soll, erwägt Winter überhaupt nicht, wie er auch nicht berücksichtigt, daß für seine Auffassung ja auch Kenntnis einer etwa bestehenden Gegenbeteiligung unumgänglich wäre. Eine dahingehende Mitteilungs- oder Auskunftspflicht kennt das geltende Recht jedoch nicht. Die sinnngemäße Anwendung der für eigene Aktien geltenden Publizitätsvorschriften, die Winter fordert¹⁶¹ würde hier nicht weiterhelfen; denn wie soll eine Gesellschaft wissen, daß sie mittelbar eigene Aktien und in welcher Höhe sie sie besitzt?

Gänzlich unvereinbar mit dem AktG ist die von Winter¹⁶² fixierte Höchstgrenze einer im Rahmen des § 65 I ausnahmsweise zulässigen wB. Da jede Gesellschaft mit "nicht" mehr als 10 % an sich selbst beteiligt sein dürfe, soll ein wechselseitiger Besitz von 31,6 vH zulässig sein, bei dem jede Gesellschaft mit 9,98 vH an sich selbst beteiligt wäre. Das sollte allerdings nur gelten, wenn keine Gesellschaft daneben auch noch unmittelbar eigene Aktien besäße. Diese wären zu berücksichtigen. Abgesehen davon, daß hier von gleich hohen wB ausgegangen wird - Winters Überlegung ließe sich allerdings auch auf verschieden hohe wB anwenden - ist eine solche

160) Hm; für andere Schlegelberger aaO § 65 Anm. 23, Baumbach-Hueck, aaO § 65 Anm. 7.

161) aaO S. 67; die an den Besitz von Aktien einer herrschenden Gesellschaft geknüpften Publizitätsvorschriften können (direkt oder sinngemäß) auch nach Winter erst angewandt werden, wenn "(gegenseitige) Abhängigkeit" oder ein rechtsähnliches Verhältnis (vgl. Winter aaO S. 65 ff) besteht; Winter widerspricht sich in diesem Punkt, vgl. aaO S. 67 (vorletzter und letzter Absatz).

162) aaO S. 54/55.

Zurechnung von Aktien einer anderen Gesellschaft in dem Verhältnis, in dem eine Gesellschaft an dieser anderen beteiligt ist, dem Aktiengesetz fremd. § 65 I bestimmt, daß eine abhängige Gesellschaft nicht mehr als 10 % der Aktien des herrschenden Unternehmens - bezogen auf deren Grundkapital - besitzen darf. Das ist folgerichtig, denn das Gesetz behandelt beide als wirtschaftliche Einheit, während Winter durch seine Verhältnisrechnung den Eindruck erwecken will, als stellte er auf jede Gesellschaft gesondert ab, obwohl er richtig gesehen, beide sogar rechtlich identifiziert, ohne jedoch tatsächliche wirtschaftliche Einheit vorauszusetzen. Im übrigen wäre die verhältnismäßig fixierte Höchstgrenze völlig sinnlos ohne eine für den j e w e i l l i g e n Stand der wB gewährleistete Mitteilungspflicht.

Vollkommen im gesetzesfreien Raum bewegt sich Winter, wenn er sein grundsätzliches (nur durch die Ausnahmen in § 65 I eingeschränktes) Verbot wB in seiner Konsequenz dadurch abschwächen will, daß er allgemein (ohne besonderen Grund) eine wB in geringfügiger Höhe - die in richterlicher Rechtsfortbildung allerdings nicht starr dekretiert werden könnte, aber ungefähr bei 10 % wechselseitig liegen soll - zulassen will ¹⁶³. Daß geringfügige wB ungefährlich sind, ist richtig. § 65 I ließe aber für solche Erwägungen keinen Raum. Diese Abweichung mit der "Maxime" "minima non curat praetor" ¹⁶⁴ zu begründen, wäre im Hinblick auf die strikte Fassung des Gesetzes in der Behandlung eigener Aktien unhaltbar. Dieser Gedankengang bedeutete auch letztlich nichts anderes als die Aufnahme rechtspolitisch, de lege ferenda zu beachtender Gesichtspunkte in das geltende Recht.

ee) Die Ansicht der Iduna-Entscheidung positives Aktienrecht?
Boesebeck ¹⁶⁵ will über die Feststellung, daß wB jedenfalls solange als zulässig zu betrachten sind, als keines der wechselseitig beteiligten Unternehmen von dem anderen abhängig ist, hinaus annehmen, daß die "in der Iduna-Entscheidung vertretene Ansicht durch schlüssiges Schweigen des Gesetzgebers positives Aktienrecht geworden ist". Boesebeck will die Ausführungen der

163) aaO S. 55/56; Winter geht hier auf die von Boesebeck, ZKredW 56, 766 ff, 768 und vom Reg.E in § 18 de lege ferenda für wB vorgeschlagenen Höchstgrenzen ein. Dazu wird später Stellung genommen, vgl. unten S. 183 ff.

164) Winter aaO S. 55.

165) DB 1955, 401/402.

amtlichen Begründung nicht als unverbindliche Meinungsäußerung ihrer Verfasser verstanden wissen, sondern sie im Zusammenhang mit den Rechtsänderungen gestellt sehen, die das AktG gegenüber dem früheren Rechtszustand brachte. Leitmotiv des AktG sei es gewesen, Stimmrechte zu beseitigen, denen keine entsprechende wirkliche Kapitalbildung zugrunde lag. In diesem Sinne seien die Vorschriften zum Bankenstimmrecht (§ 114 V), zum Mehrstimmrecht (§ 12 II), zur Vorratsaktie (§ 51) und zum Stimmrecht einer abhängigen Gesellschaft in der HV der Obergesellschaft zu verstehen. Boesebeck fährt dann fort:

"Wenn der Gesetzgeber von der Iduna-Entscheidung abweichen wollte, hätte es im Gedankenzug dieser Gesamtregelung einer Bestimmung bedurft, wonach es sich auch bei wechselseitigem gleich hohem Aktienbesitz gewissermaßen um "Luftstimmrechte" handelte, denen keine wirkliche Kapitalbeteiligung zugrundelag, so daß das Stimmrecht zu versagen sei. Statt dessen haben die Verfasser des Gesetzes in der Amtlichen Begründung klargestellt, daß es insofern bei den Gedankengängen der Iduna-Entscheidung sein Bewenden habe. Der Gesetzgeber kann seinen Willen auch durch beredtes, schlüssiges Schweigen zum Ausdruck bringen. Das ist hier geschehen, indem das Gesetz in rechtspolitisch auf ähnlichen Ebenen liegenden Fragen eingegriffen, in der hier erörterten Frage aber, wie die Begründung ergibt, mit voller Absicht davon abgesehen hat. Ich möchte daher annehmen, daß die in der Iduna-Entscheidung zu dem Aktienrecht des HGB vertretene Auffassung bei Erlaß des Aktiengesetzes durch schlüssiges Schweigen des Gesetzgebers positives Aktienrecht geworden ist".

Der Verfasser möchte es dahingestellt sein lassen, inwieweit eine solche Auffassung rechtlich haltbar sein mag ¹⁶⁶. Ihre Nachprüfung würde Erörterungen bedürfen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem hier zur Frage stehenden Problem der "wB" mehr stünden ¹⁶⁷. Eine solche Feststellung erscheint auch zu weitgehend und auch nicht erforderlich: der Amtlichen Begründung als solchen kann wie der der Entstehung eines Gesetzes zeitlich entsprechenden Gesetzesmaterialien gegenüber dem Wortlaut des

166) Mestmäcker aaO S. 116 sagt: "Die Tatsache, daß der Gesetzgeber einer in einem RG-Urteil nur beiläufig und nicht im entscheidenden Teil erwähnten Ansicht nicht entgegengetreten ist, begründet keine "konkludente Gesetzgebung". Ebenso wenig ist die von den Verfassern der Amtlichen Begründung vertretene Ansicht bindend". Nach Winter aaO S. 62 habe der Gesetzgeber gerade nicht "geschwiegen", sondern w beteiligte Gesellschaften bei "wechselseitiger Abhängigkeit" - die er annimmt, aaO S. 60 ff, vgl. unten S. 106 ff - gerade dem § 114 VI unterworfen.

167) Es ist deshalb auch oben S. 39 (vgl. auch Fußn. 120) nicht allgemein auf die "Paktentheorie" und das "Materialienproblem" eingegangen worden, vgl. dazu noch Engisch aaO S. 95/96 und Hinweise in den Anm. 106/106 a.

Gesetzes keine selbständige maßgebende Bedeutung zukommen. Die amtliche Begründung ermöglicht jedoch die Erkenntnis der vom Gesetzgeber mit einer Bestimmung verfolgten Zwecke des Gesetzes, läßt demnach im Fall des § 15 II AktG die Feststellung zu, in welchem Sinn der Gesetzgeber seine Bestimmung verstanden haben wollte, läßt also Schlüsse auf die Art der Rechtsverhältnisse, auf den Typ des Konzernverhältnisses zu, um dessen rechtlicher Erfassung es dem Gesetzgeber zu tun war. So besteht auch kein Zweifel, daß der Tatbestand des § 15 II AktG den typischen Fall eines Subordinationsverhältnisses darstellt¹⁶⁸; der Wortlaut der amtlichen Begründung zur wV in seiner betonten Übernahme der Ansicht des RG im Iduna-Fall weist darauf hin, daß der Gesetzgeber in dem Fall "gleich oder ungefähr gleich hohen wechselseitigen Aktienbesitzes" ein Beziehungsverhältnis sah, in dem "keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen kann, sie vielmehr auf eine Verständigung angewiesen sind", wie sie - das führte das RG 149, 305 ff noch dazu aus - "z.B. bei gleichgeordneten Konzerngesellschaften über die beiderseitigen Belange herbeigeführt werden muß". Wenn somit auch eine rein historisch-subjektive Auslegung des § 15 II AktG unter Heranziehung der amtlichen Begründung, die auf die Herkunft dieser Auffassung hinweist, ergeben wird, daß der Gesetzgeber von 1937 wechselseitig aneinander mit "gleich oder ungefähr gleich hohem Aktienbesitz" beteiligte Gesellschaften nicht als voneinander "abhängig" betrachtet und ein "wechselseitiges Herrschaftsverhältnis"¹⁶⁹ für ausgeschlossen gehalten hat, so heißt das noch nicht, daß eine, die Auffassung der amtlichen Begründung korrigierende Auslegung des § 15 II AktG (und der ihn ausfüllenden Bestimmungen) eine etwa mögliche Subsumption wechselseitig beteiligter Gesellschaften unter § 15 II nicht zu begründen vermöchte - sofern sich durch eine etwaige neue Ermittlung des Sinnes der Vorschrift des § 15 II unter Beachtung der Werturteile und rechtspolitischen Zielsetzung des Gesetzgebers von 1937 die Auffassung der amtlichen Begründung über die Möglichkeit einer Subsumption wechselseitig gleich oder ungefähr gleich hoher Beteiligungen unter § 15 II als rechtsirrtümlich und dem wahren

168) So Rasch aaO S. 40.

169) Wortlaut von RGE 149, 305 ff.

Sinn des § 15 II und der ihn ausfüllenden Bestimmungen nicht entsprechend erweisen könnte¹⁷⁰

ff) Ergebnis

WB sind nicht nur denkbare, sondern auch zulässig. Ihrer Begründung steht jedenfalls solange § 65 V AktG nicht entgegen, als keine der beiden aneinander beteiligten Gesellschaften von der anderen abhängig ist¹⁷¹. Eine Auslegung in historischer Sicht ergibt darüberhinaus, daß der Gesetzgeber von 1937 wechselseitig gleich oder ungefähr gleich hoch beteiligte Gesellschaften nicht als "wechselseitig abhängig" ansehen und auf Tatbestände wV dieser Art § 15 II nicht angewendet wissen wollte. Diese Auslegung würde eine trotzdem mögliche Subsumption dieser Tatbestände unter § 15 II jedoch nicht ausschließen.

2. Die WB und die Konzerntatbestände des Aktiengesetzes

a) Die Begriffsmerkmale von § 15 AktG

Der Untersuchung der Frage, welche Fälle WB von den Konzerntatbeständen des AktG (§§ 15 I und II) erfaßt werden, soll eine kurze begriffliche Klärung der Tatbestandsmerkmale von § 15 AktG vorausgehen.

- 170) Es ist hierbei sowohl an die Möglichkeit einer direkten Anwendung dieser Bestimmungen wie an die Möglichkeit ihrer Anwendung durch Rechtsfortbildung praeter legem gedacht. Das wäre auch nach der subjektiven Auslegungsweise zulässig, zumal wenn sich herausstellte, daß der Gesetzgeber aufgrund irriger Vorstellungen WB in gleicher, für sich betrachtet beherrschender Höhe den für abhängige Unternehmen geltenden Beschränkungen nicht unterworfen hätte.
- 171) Mittelbar könnte der Begründung WB durch wechselseitige Aktienübernahme eine Schranke dadurch gesetzt werden, daß man wie Westmäcker aaO S. 148, 149 den Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre (§§ 153 III, 171 I) für rechtswidrig (und einen entsprechenden HV-Beschluß für anfechtbar) hält, wenn die wechselseitigen Kapitalerhöhungen dazu dienen, ggs B zwischen AGn dergestalt zu schaffen, "daß jede der Gesellschaften kraft ihrer Beteiligung in der Lage wäre, die andere zu beherrschen". Westmäcker begründet diese Auffassung damit, daß "diese zum Zwecke des Austausches geschaffenen Aktien der Gesellschaft kein neues Kapital zuführen, sondern bestimmt sind, die gegenwärtige Verwaltung von dem Einfluß der Aktionäre freizustellen". Der Ausschluß des Bezugsrechts diene also allein dazu, "der Verwaltung kapitallose Stimmrechte in der Hauptversammlung zu schaffen". Er sei deshalb rechtswidrig und zwar auch wenn die HV ihn beschließe, da die Majorität ihre Entscheidungsbefugnis nicht dazu gebrauchen dürfe, einer zukünftigen Kapitalmehrheit ihre gesetzlichen Befugnisse zu entziehen.

An früherer Stelle wurde der Begriff der "Beteiligung" ¹⁷² erörtert. Es wurde die Beteiligung im ursprünglich juristischen Sinn, im Sinne des Bilanzrechts (§ 131 I A II 6 AktG), die Beteiligung nach § 15 II und die eine "einheitliche Leitung" im Sinne von § 15 I ermöglichende Beteiligung unterschieden.

aa) Voraussetzungen beherrschender Einflußnahme

Die Beteiligung nach § 15 II, die die Abhängigkeit eines anderen rechtlich selbständigen Unternehmens begründen, also beherrschende Einflußnahme vermitteln soll, muß es zulassen, daß das die Beteiligung besitzende Unternehmen dem anderen seinen Willen aufzwingen kann ¹⁷³. Sein Wille, der Wille des herrschenden Unternehmens, muß die Geschäftsführung des abhängigen bestimmen können ¹⁷⁴.

Welches Maß an Beteiligung erforderlich ist, um ein Unternehmen willensmäßig zu unterwerfen, läßt sich nicht allgemein sagen ¹⁷⁵. Es kommt entscheidend auf den Einzelfall an. Es ist dabei davon auszugehen, daß ein Unternehmen, um beherrschend zu sein, durch seine Beteiligung und die dadurch gewährte Stimmenmacht in der Lage sein muß, dem anderen Unternehmen seinen Willen aufzwingen zu können. Dazu genügt in der Regel der Besitz der Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens, auch wenn es sich nicht um die qualifizierte Mehrheit handelt ¹⁷⁶. Es kann aber auch eine Minderheitsbeteiligung genügen, so wenn der übrige Aktienbesitz zersplittert ist und nicht regelmäßig in der HV vertreten wird ¹⁷⁷. Auch die Existenz eines anderen ebenfalls eine Minderheitsbeteiligung besitzenden Großaktionärs muß ein Beherrschungsverhältnis nicht ausschließen, sofern der Aktienbesitz der außenstehenden Kleinaktionäre sich regelmäßig nicht vertreten läßt, so daß die höhere Minderheitsbeteiligung der Gesellschaft die Versammlungsmehrheit gewährt. Dabei ist es notwendig, festzustellen, daß der Stimmenmacht der etwa eine Beteiligung von 40 % besitzenden Gesellschaft,

172) Vgl. oben S. 2 ff.

173) RGZ 149, 311; 167, 40 (49); Schlegelberger-Quassowski, Anm. 13 zu § 15; Baumbach-Hueck, Anm. 3 B zu § 15; Boesebeck DB 1955, 401; Hefermehl aaO (DB 1955, 304).

174) Schlegelberger-Quassowski, Anm. 13 zu § 15; Baumbach-Hueck, Anm. 3 A zu § 15.

175) Staub aaO Anm. 26 zu § 226; Neufeld, JW 1931, S. 3043; Schlegelberger-Quassowski Anm. 17 zu § 15; v. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1950, Anm. 9 zu § 15; Adler-Düring-Schmaltz aaO § 128 TZ 119 ff, 126; Boesebeck aaO S. 401.

176) aa Friedlaender aaO (2. Aufl.) S. 152.

177) So Hefermehl aaO S. 304; aa Boesebeck aaO S. 401, der meint, von HV-Präsenzen ausgehen zu müssen, wie sie bei Kampfabstimmungen üblich seien, vgl. dazu unten S. 56/57.

wie Boesebeck ¹⁷⁸ richtig bemerkt, nicht etwa die Stimmen befreundeter Aktionäre, z.B. die der Hausbank, zugerechnet werden können, die mit ihr zusammenzustimmen pflegen, ohne kraft "rechtlicher Bindung oder unter dem Zwang tatsächlicher Verhältnisse" ¹⁷⁹ dazu genötigt zu sein. Ebenso wenig kann, wie Boesebeck weiter ausführt, den 40 % zugerechnet werden die Stimmenmacht der freien Kleinaktionäre, die von ihrem Stimmrecht bei unwichtigen Abstimmungen keinen Gebrauch machen. Zuzurechnen sind also Anteile anderer Aktionäre nur dann, wenn die 40 % besitzende Gesellschaft "die rechtliche oder tatsächliche Gewißheit" hat, "die Unterstützung" dieser Aktionäre "zu finden" ¹⁸⁰, so etwa Anteile einer von dieser ihrerseits abhängigen Gesellschaft oder Anteile von Aktionären, die sich gegenüber der die Minderheitsbeteiligung besitzenden Gesellschaft verpflichtet haben, in ihrem Sinne abzustimmen ¹⁸¹. Fraglich erscheint, ob zur Entscheidung der Frage, ob eine Minderheitsbeteiligung die Versammlungsmehrheit gewährt, von einer Versammlungspräsenz auszugehen ist, wie sie "bei Kampfabstimmungen unter Aufbietung aller Stimmreserven zusammengetrommelt werden kann" ¹⁸². Aus solchen Anlässen sind Präsenzen auch bei gestreutem Aktienbesitz von über 80 % keine Seltenheit ¹⁸³. Eine Minderheitsbeteiligung von 40 % würde in solchen Fällen, wenn sich die übrige Stimmenmacht gegen sie richtet, zur Beherrschung nicht genügen. Diese Auffassung hätte gegen sich, daß sie unter Umständen eine durch die Beteiligung ermöglichte jahrelange Beherrschung der HV und die dadurch bedingte beherrschende Einflußnahme auf ein Unternehmen nicht durch § 15 II erfassen könnte, weil die Präsenz in der Mehrzahl der HV nicht die außergewöhnliche Höhe der Präsenz bei Kampfabstimmungen erreicht. Gewiß ist eine einheitliche Entscheidung zur Frage der Beherrschung und Abhängigkeit geboten. Aber auch wenn der Entscheidung, ob eine Beteiligung beherrschenden Einfluß gewährt, eine durchschnittliche Präsenz zugrundegelegt wird, so schließt die getroffene Entscheidung doch nicht aus, daß einer Änderung der Abstimmungsverhältnisse in der HV, die von einem bestimmten Zeitpunkt an eine beherrschende Einflußnahme mittels einer bisher beherrschenden Beteiligung unmöglich macht,

178) aaO S. 401.

179) RGZ 167, 49 (Thega-Fall).

180) RGZ 167, 50.

181) RGZ 167, 40 ff.

182) Boesebeck aaO S. 401

183) So auch Boesebeck aaO.

insofern Rechnung getragen wird, daß von diesem Zeitpunkt an ein Abhängigkeitsverhältnis verneint wird, sofern sich diese Änderung der Verhältnisse als von einer gewissen Dauer erweist. Ein paralleller Fall läge vor, wenn ein Unternehmen mit einer Beteiligung von 51 % ohne Erfolg versuchen würde, eine Satzungsänderung, die Dreiviertelmehrheit verlangt, herbeizuführen, ihrer Beherrschungsmöglichkeit also zeitweise eine bestimmte Grenze gesetzt wäre.

Hinzuweisen ist allgemein darauf, daß durch das Bankenstimmrecht in der Regel sehr hohe Präsenzen gewährleistet werden und demnach eine beherrschenden Einfluß vermittelnde Minderheitsbeteiligung allenfalls bei einem Anteilsbesitz von 40 % aufwärts angenommen werden kann.

Zu der Beteiligung als Mittel der Beherrschung können andere ebenfalls die Abhängigkeit bedingende Umstände kommen ¹⁸⁴.

Ein Unternehmen kann satzungsgemäß oder vertraglich verpflichtet sein, einen konzernmäßigen Einfluß auf seine Geschäftsführung hinzunehmen. Es können tatsächliche geschäftliche Gegebenheiten eine wirtschaftliche Abhängigkeit bedingen, so Kreditverträge oder langfristige Lieferverträge, Lizenzverträge, die der einen Gesellschaft eine einseitig starke wirtschaftliche Stellung geben, die sich unter Umständen als beherrschende Einflußnahme erweisen kann. Schließlich kann persönlicher (z.B. verwandtschaftlicher) Einfluß tatsächliche Abhängigkeit bedingen ¹⁸⁵. Es handelt sich bei Umständen dieser Art in der Regel aber nicht um selbständig eine Abhängigkeit begründende Umstände, sondern um solche, die den durch eine Beteiligung gewonnenen Einfluß auf ein anderes Unternehmen verstärken. So können etwa solche Umstände in Verbindung mit einer Minderheitsbeteiligung die Abhängigkeit eines anderen Unternehmens begründen.

Für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses genügt es, daß ein Unternehmen aufgrund seiner aus der Beteiligung fließenden Stimmenmacht in der Lage ist, das Unternehmen, an dem es beteiligt ist, willensmäßig zu unterwerfen, d.h., es genügt die "Möglichkeit" beherrschender Einflußnahme. Tatsächliche Beherrschung

184) RGZ 167, 49; Schlegelberger-Quassowski, Anm. 16 ff zu § 15; v. Godin-Wilhelmi aaO; Baumbach-Hueck aaO; Adler-Düring-Schmaltz aaO; Schmidt/Meyer-Landrut, Großkommentar zum AktG, 2.Aufl., Berlin 1957, Anm. 4 zu § 15; Rasch aaO S. 87, 88.

185) aa Würdinger aaO S. 214. Er will nur Beherrschungsmittel rechtlicher Natur eine Abhängigkeit begründen lassen. Ebenso der RefE § 16 I (Begr. S. 195). Der RegE § 16 I (Begr. S. 101) läßt die Frage offen.

durch bestimmendes Einwirken auf die Geschäftsführung der anderen Gesellschaft ist nicht erforderlich ¹⁸⁶. Die gegenteilige Auffassung ¹⁸⁷, die den tatsächlichen Gebrauch der Beherrschungsmöglichkeiten fordert, ist, wie Hefermehl ¹⁸⁸ zutreffend ausführt, mit einer Zweck und rechtspolitische Zielsetzung von § 15 II AktG und den diese Bestimmung ausfüllenden §§ 51 II, 65 V, 114 VI, 131 I A III Ziff. 5 berücksichtigenden Auslegung unvereinbar. Zwar ließe sich allenfalls aus dem Wortlaut von § 15 II ("steht ein ... Unternehmen ... unter dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmen") das Erfordernis tatsächlich ausgeübter Beherrschung ableiten ¹⁸⁹, doch würde eine solche einengende Auslegung die durch die angeführten Bestimmungen erstrebte Verhinderung der mit der Konzernbildung verbundenen Gefahren weitgehend unmöglich machen. Die angeführten Bestimmungen sollen das Auftreten von Mißbräuchen gerade unterbinden. Zum anderen würde, wie Hefermehl weiter bemerkt, die Feststellung häufig schwierig sein, ob ein eine beherrschende Beteiligung besitzendes Unternehmen von seiner Herrschaftsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat. "Reicht es schon aus - (Anm.: fragt Hefermehl) - daß das beherrschende Unternehmen in der HV überhaupt mitgestimmt hat, wenn auch wie die übrigen Aktionäre?"

Auf der anderen Seite soll die Absicht der die Beteiligung besitzenden Gesellschaft, von ihrer Herrschaftsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen, die Annahme eines Herrschaftsverhältnisses ausschließen ¹⁹⁰. Da der Begriff der Abhängigkeit in § 15 II AktG als rechtliche Umschreibung eines tatsächlichen Verhältnisses gefaßt ist und daher zur Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses zumindest die Möglichkeit der beherrschenden Einflußnahme das Verhältnis der beiden durch Beteiligung verbundenen Gesellschaften bestimmen muß, wird richtiger wohl verlangt werden müssen, daß das eigentlich abhängige Unternehmen die tatsächliche oder recht-

186) So Schlegelberger-Quassowski, Anm. 13 zu § 15; v. Godin-Wilhelmi aaO; RGZ 167, 40; Hefermehl aaO S. 305. RefE und RegE § 16 I verdeutlichen diese Ansicht durch Einfügung von "in der Lage ist".

187) Adler-Düring-Schmaltz aaO, 2. Aufl., 1948, § 128 TZ 55; in der 3. Aufl. § 128 TZ 123 wie hM.

188) aaO.

189) aa Hefermehl aaO ("Schon der Wortlaut gebietet keine derart einengende Auslegung").

190) Schlegelberger-Quassowski aaO. Die Formulierung "in der Lage ist" im RegE läßt wie die Begründung auf S. 101 erklärt, die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses sogar zu, wenn es "unwahrscheinlich" ist, daß von der Beherrschungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird. Wie die Schlegelbergersche Ansicht auf der einen Seite ist auf der anderen die des RegE jedoch wohl zu weitgehend. Vgl. dazu die folgenden Ausführungen.

liche Gewißheit hat, daß ein beherrschender Einfluß nicht ausgeübt wird. Die bloße Absicht ohne jede Verbindlichkeit rechtlicher oder tatsächlicher Natur dürfte nicht genügen.

bb) Ausschluß der Abhängigkeit durch Vereinbarungen

Der beherrschende Einfluß auf der einen Seite und die Abhängigkeit auf der anderen Seite können auch durch Vereinbarungen zwischen der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft beseitigt werden mit der Wirkung, daß die bisher abhängige Gesellschaft unabhängig wird und von den im Gesetz ausgesprochenen Beschränkungen (§§ 51 II, 65 V, 114 VI) befreit wird. Es ist jedoch bei solchen Vereinbarungen, wie Hefermehl ¹⁹¹ zutreffend fordert, sorgfältig zu prüfen, ob sie einen völligen Ausschluß der Abhängigkeit gewährleisten und nicht auf eine Umgehung der für das abhängige Unternehmen aufgestellten Bestimmungen hinauslaufen. Die Problematik solcher Vereinbarungen ist von Hefermehl mit Blickrichtung auf das von ihm bei höheren WB grundsätzlich angenommene "zweiseitige (wechselseitige) Abhängigkeitsverhältnis" erörtert worden ¹⁹², sie besteht jedoch in gleicher Weise für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, deren Gegenseitigkeitsbeziehung sich als "einseitiges Abhängigkeitsverhältnis" darstellt. So betrachtete Boesebeck ¹⁹³ die Relevanz solcher Vereinbarungen im Hinblick auf die Begründung WB in Fällen, in denen ein Unternehmen bisher allein eine beherrschende Beteiligung besaß, das andere Unternehmen aber in die Lage versetzt werden soll "einflußmäßig gleichzuziehen". Mestmäcker ¹⁹⁴, der wechselseitig an sich beherrschend beteiligte Unternehmen als nicht voneinander abhängig ansieht, aber § 114 VI deshalb auf sie anwenden will, weil diese "zu dem gleichen Einbruch in die innere Zuständigkeit der Aktiengesellschaft" führten, den § 114 VI ausschließen soll und sie somit von der Zweckbestimmung des § 114 VI erfaßt würden, müßte Stimmrechtsvereinbarungen zwischen derartig beteiligten Unternehmen unterscheiden von denen, die zwischen einem herrschenden Unternehmen und einem abhängigen Unternehmen getroffen werden und die eine Begründung WB erst ermöglichen sollen. Auf die Betrachtung dieser letzteren beschränkt sich Mestmäcker.

191) aaO S. 307. Zustimmend Rasch aaO S. 49 und Winter aaO S. 65.

192) Vgl. dazu unten S.85 ff.

193) aaO S. 404.

194) aaO S. 117, vgl. dazu unten S. 109 ff.

Mit Recht führt Hefermehl unter Zustimmung von Boesebeck ¹⁹⁵ aus, daß eine Vereinbarung, nach der in beide Gesellschaften betreffenden Fragen ein eingesetzter gemeinsamer Ausschuß gehört werden soll, der jedoch nur das Recht haben soll, nicht bindende Vorschläge zu unterbreiten, nicht zum Ausschluß der Abhängigkeit führen kann. Eine solche Vereinbarung würde noch nicht die Möglichkeit beherrschender Einflußnahme beseitigen. Hefermehl hält weiter Vereinbarungen für bedenklich und einen Ausschluß der Abhängigkeit nicht begründend, nach denen wechselseitig beteiligte Gesellschaften das Stimmrecht aus ihren Aktien nicht oder nicht gegen den Willen des Vorstands der anderen Gesellschaft ausüben dürfen. Diese Frage ist zunächst kein Sonderproblem wechselseitig beteiligter Gesellschaften, die von Hefermehl (unter Umständen ¹⁹⁶) als wechselseitig abhängig angesehen werden, sondern in erster Linie für "einseitige" Abhängigkeitsverhältnisse - auf die zunächst eingegangen werden soll - von Bedeutung, wenn eine Gesellschaft eine beherrschende Beteiligung besitzt, die andere Gesellschaft aber "einflußmäßig gleichziehen" (Boesebeck), also ihrerseits eine Beteiligung erwerben will ¹⁹⁷. Mit Boesebeck ¹⁹⁸ ist kein Grund dafür zu finden, warum eine Vereinbarung, nach der bei "einseitiger" Abhängigkeit die eine beherrschende Beteiligung besitzende Gesellschaft aus ihren Aktien überhaupt nicht abstimmen dürfen soll, die Abhängigkeit nicht auszuschließen vermag, (sofern nicht eine faktische (wirtschaftliche) Abhängigkeit bestehen bleibt), da damit jede Beherrschungsmöglichkeit über die HV entfällt. Ebenso können keine Bedenken bestehen, wenn die eine beherrschende Beteiligung besitzende Gesellschaft ihr Stimmrecht nicht ohne Zustimmung der Gesellschaft, in deren HV abgestimmt werden soll, ausüben dürfen soll ¹⁹⁹, sofern nicht wieder anderweitig bestehende Beherrschungsmöglichkeiten faktischer Art dieses Recht, zuzustimmen bzw. die Zustimmung zu versagen, fragwürdig erscheinen lassen und damit einen wirklichen Ausschluß der Abhängigkeit verhindern.

195) Beide aaO. Ebenso im Folgenden.

196) Vgl. dazu unten S. 85 ff.

197) Hefermehl und Boesebeck dachten dabei an den "Gemeinschaftsvertrag zwischen der Allianz Versicherungs-AG und der Münchener Rückversicherungs-AG; vgl. oben S. 15 ff.

198) Zustimmend Winter aaO S. 64.

199) So auch Boesebeck; Hefermehl aaO S. 64/65 äußert Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung. Das ist jedoch zunächst grundsätzlich eine andere Frage. Vgl. dazu unten S. 61/62.

In solchen Fällen würden Vereinbarungen dieser Art auf den Versuch der Umgehung der für Abhängigkeitsverhältnisse geltenden Bestimmungen hinauslaufen. Es würde ihnen keine rechtliche Bedeutung zukommen können²⁰⁰. Einen Ausschluß der Abhängigkeit würde aber auch eine Vereinbarung erreichen, wonach eine Gesellschaft aus ihrer beherrschenden Beteiligung nur nach Weisungen der anderen Gesellschaft ihr Stimmrecht ausüben darf. Auch hier würde - falls nicht die tatsächlichen Umstände dagegensprechen - jede Beherrschungsmöglichkeit entfallen²⁰¹. Bedenken gegen eine solche Vereinbarung bestehen nicht bezüglich des Ausschlusses der Abhängigkeit, sondern nur hinsichtlich der grundsätzlichen Gültigkeit einer solchen, der Gesellschaft, in deren HV abgestimmt werden soll, gegen ihren stimmenden Aktionär ein Weisungsrecht einräumenden Vereinbarung; gleiches gilt gegenüber einer Vereinbarung, nach der eine Gesellschaft nur für oder jedenfalls nicht gegen die Vorschläge der Verwaltung zu stimmen hat, also ihr Stimmrecht praktisch nicht ohne Zustimmung der anderen Gesellschaft ausüben darf. Solche bisher von Rechtsprechung²⁰² und Literatur²⁰³ im allgemeinen gebilligten Verträge zwischen Gesellschaft und Aktionär (im Gegensatz zu Stimmrechtsbindungsverträgen zwischen Aktionären) werden mehr und mehr schon de lege lata in ihrer Gültig-

200) Mestmäcker aaO glaubt nicht, daß eine herrschende Gesellschaft an einem einflußmäßigen Gleichziehen eines abhängigen Unternehmens (durch Schaffen einer Gegenbeteiligung) ein anderes Interesse haben könnte, als auf diesem Wege das Erwerbsverbot des § 55 V und das Stimmrechtsverbot des § 114 VI zu umgehen. Bis zum Beweis des Gegenteils sei zu vermuten, daß diese Wirkung beabsichtigt sei, so daß grundsätzlich eine Gesetzesumgehung vorliege. Demgegenüber sind aber doch Fälle denkbar, wo eine andere Wirkung beabsichtigt ist, so wenn das "Abhängigkeitsverhältnis" den tatsächlichen Gewichtsverhältnissen nicht mehr entspricht und auch äußerlich beseitigt werden soll. Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob nicht die Vereinbarung deshalb unzulässig ist, weil sie der bisher abhängigen Gesellschaft eine Einflußnahme auf die eigene HV ermöglicht (bei "Gesetzesumgehung" im Sinne Mestmäckers will diesen Erfolg die herrschende Gesellschaft erzielen).

201) Boesebeck aaO äußert dagegen Bedenken. Diese richten sich aber wohl ebenso wie die Hefermehls aaO und Winters aaO gegen die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung und nicht gegen den Ausschluß eines Abhängigkeitsverhältnisses bei zunächst unterstellter Zulässigkeit.

202) RGZ 119, 386; (JW 1928, 1558 mit Anm. von Fischer).

203) Schlegelberger-Quassowski, Anm. 26 zu § 114; v. Godin-Wilhelmi aaO Anm. 10 zu § 15; C. Ritter-J. Ritter, Aktiengesetz 2. Aufl., Berlin und München 1939, Anm. 11 zu § 114; Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1950, Anm. 2 b zu § 114; Peters, AcP 156, 316 ff; Rasch aaO S. 60; Würdinger aaO S. 76.

keit angezweifelt ²⁰⁴ und sollen in dem neuen kommenden Aktienrecht für nichtig erklärt werden (vgl. RefE § 127 III, RegE § 130 III), um zu "verhindern, daß die Verwaltung der Gesellschaft ein ihr genehmes Abstimmungsergebnis dadurch herbeiführen kann, daß sie Weisungen oder Vorschläge für die Ausübung des Stimmrechts gibt, die für den Aktionär aufgrund vertraglicher Abmachungen bindend sind" ²⁰⁵. Das gilt jedoch nicht für Vereinbarungen, nach denen das Stimmrecht überhaupt nicht ausgeübt werden soll ²⁰⁶.

Eine andere Beurteilung (was den Ausschluß der "Abhängigkeit" und nicht die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit betrifft) rechtfertigt sich aber, geht man von Hefermehl's Annahme eines "wechselseitigen" Abhängigkeitsverhältnisses aus. Beide wechselseitig beteiligten Gesellschaften wären, die Richtigkeit dieser Annahme einmal außeracht gelassen, herrschend und abhängig. Für beide Gesellschaften hätte § 114 VI zu gelten ²⁰⁷. Eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Ausübung des Stimmrechts nicht gegen den Willen bzw. nur auf Weisung der Gesellschaft, in deren HV abgestimmt werden soll, erfolgen dürfte, würde die sich aus den Beteiligungen ergebende "wechselseitige" Beherrschung über die HV nur vertraglich festlegen bzw. wie Hefermehl sich ausdrückt, die "wechselseitige" Abhängigkeit noch "verschärfen", da "gerade in besonderem Maße das erreicht wird, was § 114 VI AktG verhindern will, nämlich daß der Vorstand der herrschenden Gesellschaft durch eine beherrschende Beeinflussung der stimmenden Gesellschaft auf die Beschlüsse der HV einwirken kann" ²⁰⁸. Eine Vereinbarung, wonach beide Gesellschaften ihr Stimmrecht nicht mehr ausüben dürfen, würde dagegen nichts anderes bedeuten, als die vertragliche Vereinbarung des Ergebnisses, zu dem sonst § 114 VI AktG - immer unter Annahme "wechselseitiger" Abhängigkeit - geführt haben würde, mit dem Ergebnis der Unabhängigkeit beider Gesell-

204) Schmidt/Meyer-Landrut aaO Anm. 11 zu § 51; Rob. Fischer, GmbH-Rdsch. 1953, 66; Müller-Erzbach, Rudolf, Das private Recht der Mitgliedschaft, Weimar 1948, S. 250; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952, S. 136; Julius v. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1959, § 43 IV 4 g; Hefermehl aaO; Boesebeck, NJW 1960, 7 (9 ff), aber auch schon aaO (DB 1955, 401 ff, 404) für Vereinbarungen, die ein Weisungsrecht beinhalten, vgl. Fußn. 201.

205) Begr. des RegE S. 161.

206) Ebenso wie erwähnt Winter aaO S. 64.

207) Zu dem Einwand Boesebecks aaO S. 402, daß mit dem Stimmrechtsausschluß die Abhängigkeit entfallen würde, beide also wieder unabhängig wären, vgl. unten S. 127 ff.

208) Hefermehl aaO S. 307. Winter aaO S. 65 spricht davon, daß die Vereinbarungen den "beherrschenden Einfluß" konservieren.

schaften. Die Rechtslage unterschiede sich von der durch die wechselseitige Anwendung von § 114 VI erzielten entscheidend aber dadurch, daß die nun unabhängigen Gesellschaften sich vertraglich auch zur Aufrechterhaltung dieses Zustands verpflichtet hätten, während bei der Anwendung von § 114 VI die recht merkwürdige Rechtslage bestehen würde, daß die beiden Unternehmen jetzt voneinander unabhängig wären und so scheinbar durch § 114 VI nicht daran gehindert werden könnten, ihr Stimmrecht wieder auszuüben ²⁰⁹. Eine Vereinbarung, daß beide wechselseitig beteiligten Gesellschaften ihr Stimmrecht nicht mehr ausüben dürfen, würde also gegen Hefermehl bei "wechselseitiger" Abhängigkeit, soweit sie nach geltendem Recht möglich wäre, den Ausschluß der Abhängigkeit begründen - wenn es auch die einzig denkbare Vereinbarung wäre, die diesen Erfolg haben könnte ²¹⁰.

Bei Annahme von Unabhängigkeit wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligter Gesellschaften würden Vereinbarungen der fraglichen Art folgende Bedeutung haben: sie würden, sofern sie für beide Gesellschaften gelten, diesen Zustand vertraglich so gestalten bzw. modifizieren, daß auch eine eventuelle Gegenseitigkeitsbeziehung auf koordinierter Ebene entfallen würde. Eine auf gegenseitiger Verständigung beruhende gemeinsame "Beherrschung" beider HV durch koordinierte Verwaltungen würde ausscheiden. Beide Gesellschaften würden ungebunden und ohne auf eine Verständigung angewiesen zu sein, frei sein, verstärkt aber durch das Recht auf die eigene HV (etwa bei Weisungsrechten) einwirken zu können, ohne auf gemeinsame Belange Rücksicht nehmen zu müssen. Diesen Ausschluß einer Gegenseitigkeitsbeziehung koordinierter Art müßte auch Westmäcker anerkennen, der in w an sich beherrschenden B ein planmäßiges Mittel beider Gesellschaften sieht, gemeinsam ihre HVen zu kontrollieren ²¹¹ und deshalb § 114 VI der Zweckbestimmung nach auf sie anwenden will, da andernfalls die ggSB "zu dem gleichen Einbruch in die innere Zuständigkeit der

209) So der in Fußn. 207 erwähnte Einwand Boesebeck's, der, wenn die Anwendung von § 114 VI auf beide Gesellschaften begründet wäre, nicht haltbar sein kann, vgl. dazu unten S. 127 ff.

210) Ebenso Winter aaO S. 64.

211) aaO S. 115.

Aktiengesellschaft" führe, die § 114 VI ausschließen soll ²¹². Das wäre zwar auch nach Abschluß einer Stimmrechtsvereinbarung der Fall, aber ohne das Merkmal der gemeinsamen koordinierten Kontrolle.

Es würde hier ein Fall vorliegen, bei dem jede Gesellschaft über die andere auf die eigene "beherrschend" einwirken könnte, ohne jedoch die andere Gesellschaft zu beherrschen (Fall des § 114 VI) o d e r auf sie gleichberechtigt einwirken zu können. Die Lösung dieses Falles dürfte daher richtiger aus der Unzulässigkeit von Stimmrechtsbindungsverträgen zwischen Aktionär und Gesellschaft als auf dem Weg über eine Anwendung von § 114 VI (wegen Umgehung einer durch die Koordination begründeten sinngemäßen Anwendung von § 114 VI) zu erfolgen haben, wie Mestmäcker diesen Fall wohl lösen würde.

Soll die Stimmrechtsvereinbarung "gebundene Aktien" nur zugunsten eines Unternehmens der beiden wechselseitig beteiligten schaffen, das seinerseits aber ungebunden abstimmen können soll, so wird damit ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis begründet, sofern beide Beteiligungen beherrschenden Einfluß gewähren.

Allgemein ist noch zu bemerken, daß Stimmrechtsvereinbarungen der erwähnten Art nur obligatorisch wirken und daß auf ihre Erfüllung nicht geklagt werden kann; ihre Verletzung begründet lediglich Schadenersatzansprüche ²¹³. Boesebeck bezweifelt, ob das auch für Vereinbarungen zu gelten habe, wonach aus Aktien überhaupt nicht abgestimmt werden darf. Doch wäre auch in diesem Fall die Vollstreckung eines Urteils undurchführbar. Die Ausübung des Stimmrechts könnte nicht unterbunden werden.

Eine dingliche Sicherung derartiger schuldrechtlicher Verpflichtungen wäre nur dadurch zu erreichen, daß die gebundenen Aktien hinterlegt würden oder einem Dritten übergeben würden und dieser ermächtigt würde, das Stimmrecht auszuüben ²¹⁴. Hefermehl will daraus schließen, daß Vereinbarungen der angeführten Art, "die gewissermaßen eine "Neutralisierung" des in der Beteiligung verkörperten Stimmrechts erreichen wollen", die Abhängigkeit nur dann auszuschließen vermögen, wenn die entsprechende Vereinbarung dinglich gesichert ist ²¹⁵, sofern sie überhaupt geeignet wären, einen

212) aaO S. 117.

213) Hefermehl aaO S. 307; Boesebeck aaO S. 404; dazu RGZ 119, 388, 133, 95 und 165, 78; v. Godin-Wilhelmi aaO Anm. 10 zu § 15; Baumbach-Hueck aaO Anm. 2 F zu § 102; Würdinger aaO S. 76; Rasch aaO S. 60, 61.

214) Vgl. Rasch aaO S. 60.

215) Hefermehl aaO; gegen ihn wie hier Boesebeck aaO und Winter aaO S. 65.

Ausschluß der Abhängigkeit zu begründen. Diese Auffassung erscheint als zu weitgehend. Sicher bietet die Hinterlegung bzw. Legitimationsübertragung die einzig sichere Gewähr für die Einhaltung der Stimmrechtsvereinbarung. Auf der anderen Seite würde das Fortbestehen der "Möglichkeit" einer weiteren beherrschenden Einflußnahme durch Ausübung des Stimmrechts in der HV entgegen der vereinbarten Bindung dem Ausschluß der Abhängigkeit entgegenstehen. Selbst Hefermehl hat aber darauf hingewiesen, daß die Absicht, von der Herrschaftsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen, die Annahme eines Herrschaftsverhältnisses ausschließt ²¹⁶ d.h. bei Vorliegen besonderer Umstände die bloße Möglichkeit beherrschender Einflußnahme nicht entscheidend ins Gewicht fallen soll, vielmehr darauf abzustellen ist, ob die "Möglichkeit" der beherrschenden Einflußnahme für das Verhältnis der beiden Gesellschaften tatsächlich bestimmend ist. Besteht also die rechtliche (wenn auch nur obligatorische) und tatsächliche Gewißheit, daß die eine beherrschende Beteiligung besitzende Gesellschaft von ihrem Stimmrecht keinen Gebrauch machen bzw. nicht gegen den Willen der anderen Gesellschaft abstimmen wird und damit ihre Absicht, von der Möglichkeit beherrschender Einflußnahme keinen Gebrauch zu machen, nicht nur aus der Stimmrechtsvereinbarung hervorgeht, sondern auch tatsächlich feststeht, so wäre ein Ausschluß der Abhängigkeit begründet. Die Möglichkeit beherrschender Einflußnahme wäre für die Gegenseitigkeitsbeziehung nicht mehr bestimmend. Es haben letztlich die Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Berechtigte Zweifel an dem wirklichen Willen, durch die Stimmrechtsvereinbarung die Abhängigkeit auszuschließen, werden im Hinblick auf den präventiven Charakter der §§ 51 II, 65 V, 114 VI AktG der Annahme des Ausschlusses der Abhängigkeit entgegenzustehen haben, so etwa, wenn faktische Beherrschungsmöglichkeiten fortbestehen.

cc) Einheitliche Leitung

§ 15 I AktG, liegt vor, wenn rechtlich selbständige Unternehmen für eine gewisse Dauer unter einer faktisch bestehenden, ihre Geschäftsführung im Ganzen oder wesentliche Bereiche bestimmenden, planmäßigen gemeinsamen Leitung stehen. Eine die einheitliche Leitung ausübende Gesellschaft (Dachgesellschaft z.B.) bzw. ein Gemeinschaftsorgan sind nicht Erfordernis. Unter Umständen kann schon eine enge personelle Verflechtung eine einheitliche Leitung

und damit Zusammenfassung der Unternehmen zu einem Konzern begründen ²¹⁷.

b) Die möglichen Gestaltungen wB und ihre Subsumption unter die Konzerntatbestände des AktG

Die Frage der Subsumption wB unter die Konzerntatbestände des AktG (§ 15) hat von den möglichen Gestaltungen wB auszugehen und zu untersuchen, ob und inwieweit sie durch § 15 beschränkt werden.

Folgende grundsätzliche Gestaltungen wB sind möglich:

1. Keine Beteiligung für sich betrachtet gewährt beherrschenden Einfluß.
2. Nur eine Beteiligung ermöglicht eine Beherrschung bzw. die eine Beteiligung überwiegt.
3. Beide Beteiligungen sind "gleich oder ungefähr gleich hoch" und gewähren beide für sich betrachtet beherrschenden Einfluß.

aa) Keine der Beteiligungen gewährt für sich allein beherrschenden Einfluß

Gewährt bei wB keine der Beteiligungen für sich betrachtet beherrschenden Einfluß, so ist die Rechtslage unzweifelhaft: § 15 II kann keine Anwendung finden ²¹⁸.

bb) Das eine Unternehmen hat bei wB das Übergewicht

Hat bei wB das eine Unternehmen derart das Übergewicht über das andere, daß es seinen Willen entscheidend beeinflussen kann, das andere Unternehmen dazu aufgrund seiner Beteiligung jedoch nicht in der Lage ist, so ist das beteiligungsgemäß das Übergewicht besitzende Unternehmen allein herrschend, das andere abhängig. § 15 II findet Anwendung. Die Rechtslage ist grundsätzlich klar ²¹⁹.

Diesen Fall hat das Schrifttum im Anschluß an die Ausführungen von RG - Iduna von dem dort zur Entscheidung stehenden Fall, der "gleich oder ungefähr gleich hohen" ²²⁰ wB (die beiden Gesellschaften waren wechselseitig mit nahezu 95 % beteiligt) unterschieden ²²¹.

217) Für andere Rasch aaO S. 36 ff; Würdinger aaO S. 218 ff.

218) Boesebeck aaO S. 401; Kropff aaO S.16; Winter aaO S. 11.

219) Winter aaO S. 11 sagt zu Recht, daß entsprechendes für Zirkularverhältnisse (von ihm "mittelbare" wB genannt), allgemeiner gesagt, für indirekte Beteiligungen gilt. Auch eine "Enkelgesellschaft" C kann über eine Tochtergesellschaft B von der Muttergesellschaft abhängig sein - auch wenn sie ihrerseits an A beteiligt ist, die Beteiligung der von A abhängigen B ihre Beteiligung an A aber überwiegt.

220) Formulierung d. amtl. Begründung aaO S.162 im Anschluß an RG-Iduna.

221) Das gesamte Schrifttum im Anschluß an Schlegelberger-Quassowski Anm. 14 zu § 15; ebenso Hefermehl aaO S. 305; Boesebeck aaO S. 401; Kropff aaO S. 16.

Das von Schlegelberger ²²² gebildete, von Hefermehl ²²³ übernommene und von Boesebeck ²²⁴ für "eher verwirrend als instruktiv" gehaltene Beispiel

"Die AG A hat 40 v.H. der Aktien der AG B; der Rest ist zersplittert. Die AG B hat 30 v.H. der Aktien der AG A; den Rest besitzt ein Großaktionär. Hier ist B von A abhängig, nicht dagegen A von B".

bringt nur einen der vielen weiter denkbaren Fälle wB, bei denen ein Unternehmen als herrschend, das andere als abhängig zu betrachten ist. Sofern die 40 % der A zur Beherrschung der B ausreichen, ist die B von A abhängig. Die A steht selbstverständlich unter dem beherrschenden Einfluß ihres einen Anteil von 70 % an ihrem Grundkapital besitzenden Großaktionärs. Die 30 %ige Beteiligung der B an A ist rechtlich ohne jede Bedeutung, zumindest was § 15 II anbetrifft. Die Rechtslage würde, wie Boesebeck ausführt, nicht anders sein, wenn an der A die B mit 49 %, der andere Großaktionär mit 51 % beteiligt wären. Die B hätte in diesem Fall sogar eine prozentual höhere Beteiligung an der mit ihr wechselseitig beteiligten Gesellschaft A als diese an ihr. Trotzdem würde die A nicht von B, sondern von dem anderen Großaktionär beherrscht werden. Die Beteiligung von 49 % im Besitz der B würde, auch wenn man die Beteiligung von A bei B außerachtließe, die Beteiligung der B an A also für sich betrachtete, zur Beherrschung der A nicht ausreichen.

Dieses Beispiel zeigt, daß auch bei "gleich oder ungefähr gleich hohem" wechselseitigem Aktienbesitz a u ß e r h a l b der Gegenseitigkeitsbeziehung liegende Umstände - wie das Vorhandensein eines bei einer der beiden Gesellschaften höher als die betreffende andere beteiligten Großaktionärs - einseitige Abhängigkeit bedingen können, so daß die Frage, ob "wechselseitige Abhängigkeit" möglich ist, in Fällen dieser Art gar nicht zu prüfen ist. Die prozentual gleich oder ungefähr gleich hohe wechselseitige Beteiligung ist rechtlich ohne Bedeutung. Welche Gesellschaft rechnerisch das Übergewicht hat, ist belanglos ²²⁵. Die eine Beteiligung ist "faktisch nicht zu wirken geeignet" (Hefermehl).

Das gleiche gilt, wenn trotz "gleich oder ungefähr gleich hoher" wB i m Verhältnis der wechselseitig beteiligten Gesellschaften zueinander begründete Umstände die Annahme eines einseitigen Ab-

222) aaO.

223) aaO.

224) aaO.

225) So richtig Hefermehl aaO. Vgl. auch unten S. 74.

hängigkeitsverhältnisses gebieten. Es ist etwa daran zu denken, daß trotz gleich hoher wechselseitiger - für sich betrachtet jeweils beherrschenden Einfluß gewährender - Beteiligungen die eine der beiden Gesellschaften von der anderen vertraglich abhängig ist oder faktisch beherrscht wird, d.h. zu der durch die Beteiligung ermöglichten Einflußnahme einer Gesellschaft weitere Beherrschungsmittel kommen ²²⁶. So kann etwa die Entstehung der wB für eine de-facto-Abhängigkeit einer der beiden Gesellschaften sprechen, z.B. wenn die Gesellschaft "aufgrund ihres beherrschenden Einflusses die von ihr abhängige Gesellschaft dazu veranlaßt hat, Aktien der herrschenden Gesellschaft bis zur Grenze der Parität zu erwerben" (Hefermehl ²²⁷). In so einem Fall wird sehr wahrscheinlich die vor dem Aktienerwerb bestehende einseitige Abhängigkeit fortbestehen, eine "wechselseitige Abhängigkeit" (nach Hefermehl) bzw. ein "Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses" (RG 149, 305 ff, 308) kaum anzunehmen sein. Der vertraglichen Vereinbarung einseitiger Abhängigkeit bei wB steht gleich einseitiger vertraglicher Ausschluß "beherrschender Einflußnahme" durch Stimmrechtsvereinbarung, die eine Stimmbindung nur zugunsten einer der beiden - wechselseitig beteiligten - Gesellschaften begründet. Gleichgültig, ob man die wechselseitig mit - jeweils für sich betrachtet - beherrschenden Beteiligungen verflochtenen Gesellschaften als "wechselseitig abhängig" oder unabhängig betrachtet, eine einseitig vereinbarte Stimmrechtsbindung läßt ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis entstehen ²²⁸.

In den vorstehend aufgeführten denkbaren Fällen - angefangen mit Schlegelberger's Beispiel - ist trotz wechselseitig "gleich oder ungefähr gleich hohen" Beteiligungen - auch wenn jeder Besitz für sich allein und unter Außerachtlassung der besonderen Umstände betrachtet, beherrschende Einflußnahme gewähren würde - ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen, § 15 II. Natürlich hat bei wB ein Unternehmen auch dann das "Übergewicht", wenn seine Beteiligung gegenüber der Beteiligung des anderen Unternehmens derartig überwiegt, daß es als herrschend, das andere als abhängig anzusehen ist, § 15 II, so wenn etwa nur die Beteiligung des einen Unternehmens - die Beteiligungen jeweils für sich

226) Nimmt man an, daß es "wechselseitige Abhängigkeit" nicht gibt, so verleihen die vertraglichen oder faktischen Beherrschungsmittel der Beteiligung der einen Gesellschaft wieder beherrschende Wirkung.

227) aaO S. 307.

228) Man müßte bei Annahme "wechselseitiger Abhängigkeit" von einseitigem Ausschluß, bei Annahme von "Unabhängigkeit" von einseitiger Begründung einer Abhängigkeit sprechen.

betrachtet - beherrschende Einflußnahme zuläßt.

In diesem Zusammenhang könnte erwogen werden, ob die wB nicht insofern Bedeutung erlangen könnte, als der Besitz von 26 % der Anteile der herrschenden Gesellschaft der abhängigen Gesellschaft in der HV der herrschenden Gesellschaft die Sperrminorität gibt. Doch vermag die abhängige Gesellschaft gar nicht abzustimmen, § 114 VI AktG. Schon aus diesem Grund ist der Besitz der Sperrminorität in diesem Fall ohne Bedeutung. Er kann die abhängige Gesellschaft gar nicht in die Lage versetzen, durch "die Drohung, die Absicht der Mehrheit" - einen Beschluß durchzusetzen, der die qualifizierte Mehrheit verlangt (z.B. eine Satzungsänderung) - "zu verhindern, Zugeständnisse zu erzwingen", wie Hefermehl das für den Fall, daß A bei B mit 70 %, B bei A mit 26 % beteiligt ist, annimmt ²²⁹. Diese Möglichkeit entfällt mit dem Stimmrechtsausschluß durch § 114 VI AktG. Aus diesem Grund erübrigt sich jede Erwägung, ob der Beteiligung von B bei A für die Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses B von A irgendwelche Bedeutung beizumessen ist. Für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist sie bedeutungslos.

cc) Die wB sind gleich oder ungefähr gleich hoch und gewähren, für sich allein betrachtet, beide beherrschenden Einfluß

Sind die Beteiligungen gleich oder ungefähr gleich hoch und vermitteln sie für sich betrachtet jede beherrschenden Einfluß, ohne daß vertragliche oder tatsächliche Abhängigkeit einer der Gesellschaften besteht bzw. zugunsten einer Gesellschaft ein Ausschluß beherrschender Einflußnahme (einseitiger Ausschluß) vereinbart ist, ist die Rechtslage streitig, vgl. unten Absatz c).

dd) WB und einheitliche Leitung

Die oben (S. 66 ff) erfolgte Einteilung wB in drei sich rechtlich als grundlegend erweisende Erscheinungsformen ging von der in § 15 II als Tatbestandsvoraussetzung für Abhängigkeitsverhältnisse begriffenen "beherrschenden Einflußnahme" aus und unterschied danach ob keine, nur eine oder beide Beteiligungen - jeweils für sich betrachtet - diese beherrschende Einflußnahme gewähren.

Nun können aber durch wB "zusammengefaßte" Unternehmen auch unter einheitlicher Leitung stehen, so daß, wenn nicht der Tatbestand

229) aaO S. 305 unter Bezugnahme auf Rasch aaO S. 43, der aber nicht den Fall wB meint.

des § 15 II, so doch der des § 15 I gegeben sein kann. Rasch²³⁰ meint, "praktisch wird zum mindesten eine nennenswerte gegenseitige Beteiligung zweier Gesellschaften aneinander kaum ohne einen bestimmten Plan, ohne eine einheitliche Leitung erfolgen können". In RG 149, 305 ff deuteten die gemeinsamen Organe der Gesellschaften darauf hin. Dort waren die beiden Gesellschaften aneinander mit über 90 % des Grundkapitals beteiligt. Darüberhinaus waren die Vorstandsmitglieder beider Gesellschaften weitgehend identisch. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats war bei beiden Gesellschaften dieselbe Person. Die Annahme einheitlicher Leitung - deren faktisches Bestehen für § 15 I Voraussetzung ist - dürfte bei einer wirtschaftlich so weit gehenden Vermögensidentität, verbunden mit personeller Verflechtung, gerechtfertigt sein²³¹.

Mit der Annahme eines Konzernverhältnisses nach § 15 I wäre aber noch nichts über die Anwendbarkeit der für herrschende und abhängige Gesellschaften geltenden Bestimmungen auf wechselseitig beteiligte Unternehmen entschieden²³². Denn unter einheitlicher Leitung können sowohl gleichgeordnete Unternehmen (etwa Schwestergesellschaften in ihrem Verhältnis zueinander, deren Anteile sich bei einer Dachgesellschaft befinden) wie auch Unternehmen stehen, die sich im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander befinden (etwa Mutter- und Tochtergesellschaft)²³³. Das gleiche gilt für wechselseitig beteiligte Unternehmen: ist ein Unternehmen beherrschend und besteht einheitliche Leitung, so finden § 15 I und II Anwendung. Stehen wechselseitig beteiligte Unternehmen unter einheitlicher Leitung, ohne daß einseitige Abhängigkeit besteht, gewähren aber beide Beteiligungen für sich betrachtet beherrschenden Einfluß, so gilt zwar sicher § 15 I; ob aber § 15 II Anwendung finden kann, hängt davon ab, ob es "wechselseitige Abhängigkeit" gibt oder ob derartig beteiligte Unternehmen vielleicht "wie" herrschende und abhängige Unternehmen behandelt werden können²³⁴.

c) Die wB sind gleich oder ungefähr gleich hoch

Beide gewähren, jede für sich betrachtet, beherrschenden Einfluß. (oben b) cc)).

230) aaO S. 48.

231) So auch Trumpler aaO S. 366 und Boesebeck aaO S. 402, wenn auch nicht zum Iduna-Fall.

232) So auch Boesebeck aaO. Über die abweichende Auffassung Trumplers aaO, u.a. vgl. unten S. 80 ff.

233) Vgl. etwa Rasch aaO S. 38. Jetzt deutlich im RefE und RegE § 17.

234) Vgl. dazu insbesondere die S.85 ff und 109 ff.

aa) Fragestellung

Betrachtet man die wB nicht isoliert, d.h. jede für sich und im Hinblick auf die durch sie verkörperte Einflußmöglichkeit ohne Berücksichtigung der sich aus der Gegenseitigkeitsbeziehung ergebenden Besonderheit, sondern gerade als wechselseitig wirkend, so fragt es sich

1. ob beide Gesellschaften noch die Möglichkeit haben, jeweils die andere, d.h. sich gegenseitig zu beherrschen ("wechselseitige oder zweiseitige Abhängigkeit")
2. oder ob nicht vielmehr "jedes Hörigkeitsverhältnis" ²³⁵ entfällt.

bb) Grundzüge der gegensätzlichen Auffassungen

RG 149, 305, die amtliche Begründung zu § 15 und das diese Ansicht überwiegend übernehmende Schrifttum ²³⁶ haben angenommen, daß sich der beiderseitig beherrschende Einfluß aufhebt und keines der beiden Unternehmen dem anderen seinen Willen aufzwingen könne, so daß keines der beiden Unternehmen herrschend oder abhängig sei, sie vielmehr auf eine Verständigung angewiesen sind. Es wird von der "Kompensation der Einflußmöglichkeiten" durch den wechselseitigen - für sich allein betrachtet - jeweils beherrschenden Einfluß gesprochen.

Friedlaender ²³⁷, früher Rasch ²³⁸ und Schmidt/Meyer-Landrut ²³⁹ sehen in dem Fall wB einen "wegen der Unklarheit der dadurch hervorgerufenen Rechtsverhältnisse unerwünschten Konzerntatbestand" ²⁴⁰ und kommen deshalb zur Ablehnung von RG 149, 305 ff bzw. äußern Bedenken, ohne daß zu erkennen ist, ob diese sich nur gegen die Art der "Verschachtelung" (Friedlaender) richten oder auch gegen die Auffassung des RG. Trumpler ²⁴¹ und andere folgern gegenseitige Abhängigkeit aus einheitlicher Leitung. Es fehlt jedoch durchwegs eine begründete positive Entscheidung ob und wenn ja, aus welchen Gründen gerade § 15 II anzuwenden sei. Hefermehl ²⁴² und im Anschluß an ihn Rasch ²⁴³ kommen zu dem Ergebnis, "ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Unternehmen mit gleich oder annähernd gleich hohem Aktienbesitz, deren jeder für sich allein betrachtet die Beherrschung des anderen Unternehmens ermöglichen

235) Formulierung von RG-Iduna.

236) Unten S. 73 ff.

237) aaO S. 67 (vgl. unten S. 77)

238) aaO (1. Aufl. 1944) S. 49 ; vgl. unten S. 77/78.

239) aaO Anm. 4 zu § 15; vgl. unten S. 79/80.

240) So Rasch aaO.

241) aaO S. 366; vgl. unten S. 80 ff.

242) aaO S. 305 ff; vgl. unten S. 85 ff.

243) aaO (2. Aufl., 1955) S. 49 und 116; vgl. unten S. 105/106.

würde, in der Regel nicht in einem zweiseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen können, läßt sich nicht aufstellen. Grundsätzlich besteht vielmehr zwischen beiden Unternehmen ein zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis.

Im Einzelfall können Umstände vorliegen, die der Annahme eines zweiseitigen Abhängigkeitsverhältnisses entgegenstehen. Das kann z.B. zutreffen, wenn eine Gesellschaft aufgrund ihres beherrschenden Einflusses die von ihr abhängige Gesellschaft veranlaßt hat, Aktien der herrschenden Gesellschaft bis zur Grenze der Parität zu erwerben. Dann wird in der Regel weder eine Aufhebung der einseitigen Abhängigkeit eintreten noch eine zweiseitige Abhängigkeit anzunehmen sein. Die schon vor dem Aktienerwerb bestehende einseitige Abhängigkeit wird vielmehr fortbestehen

Durch besondere Vereinbarungen kann ein zwischen zwei Aktiengesellschaften bestehendes zweiseitiges oder einseitiges Abhängigkeitsverhältnis überhaupt ausgeschlossen werden". 244

Im Ergebnis folgt auch Winter ²⁴⁵ der Ansicht Hefermehls. Aber stärker differenzierend will er das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis von möglichen Koordinationsverhältnissen - die bei wirtschaftlicher Zusammenarbeit und Identität der Verwaltungen ²⁴⁶, nicht aber schon bei bloßer gegenseitiger Verständigung angenommen werden sollen - abgrenzen. In seinen Ausführungen deutet sich jedoch eine Auflösung des Abhängigkeitsbegriffes an.

Westmäcker ²⁴⁷ will aus dem Zweck der für Abhängigkeitsverhältnisse geltenden Bestimmungen (im Besonderen ausdrücklich zu § 114 VI) entnehmen, daß sich eine Anwendung dieser Bestimmungen auch auf ggs Beteiligung gebiete. Der Zweck des Gesetzes sei auch für die Auslegung des Begriffes der "abhängigen" Gesellschaft zu berücksichtigen. Es erscheint auch hier fraglich, ob diese Auffassung noch an einem Begriff der Abhängigkeit festhält, der mit dem Begriff der Subordination wesensgleich ist und einen Tatbestand kennzeichnet, bei dem einem Unternehmen von einem anderen dessen Wille aufgezwungen werden kann, bzw. sein Verhältnis zu diesem anderen Unternehmen von der Möglichkeit einer solchen Beherrschung bestimmt wird.

Die Auffassung Westmäckers - wie die ihr im Ergebnis folgende von Würdinger ²⁴⁸ - könnte aber vielleicht als Versuch einer analogen Anwendung (von § 114 VI) verstanden haltbar sein.

244) Hefermehl aaO S. 307 und übernommen von Rasch aaO S. 49.

245) aaO S. 60 ff, allerdings für Winter praktisch bedeutsam nur in der Stimmrechtsfrage, da er die Begründung wB den Beschränkungen für Übernahme und Erwerb eigener Aktien unterwirft, vgl. oben S. 40 ff. Vgl. unten S. 106 ff.

246) Winter aaO S. 65 ff und 67, vgl. dazu unten S. 119 ff.

247) aaO S. 117; vgl. unten S. 109 ff.

248) aaO S. 215; vgl. unten S. 117 ff.

Ausdrücklich eine analoge Anwendung von § 114 VI (und den für abhängige Unternehmen geltenden Publizitätsvorschriften) fordert Winter²⁴⁹ in den Fällen wirtschaftlicher Zusammenarbeit und Identität der Verwaltungen, also bei Vorliegen von Koordination.

cc) Die verschiedenen Auffassungen im einzelnen

1) Die Iduna-Entscheidung und das ihr folgende Schrifttum

Ausgangspunkt jeder Erörterung zur wB ist das Iduna-Urteil des RG 149, 305 ff. Seine Ausführungen sollen hier noch einmal gebracht werden:

"Dabei braucht zu der Frage keine Stellung genommen zu werden, ob wirklich bei der eigenartigen Verflechtung der beiden Gesellschaften - die gegenseitig prozentual nahezu gleichen Aktienbesitz, fast dieselben Personen als beiderseitige Vorstandsmitglieder und denselben Vorsitzenden des Aufsichtsrats haben - von einer Abhängigkeit dergestalt die Rede sein kann, daß jede Gesellschaft unter dem beherrschenden Einfluß der anderen stünde, und ob nicht vielmehr gerade diese besondere Art der Verflechtung tatsächlich und der Rechtswirklichkeit nach, auf die es ankommt, nicht sowohl ein einseitiges, wenn auch wechselseitiges Herrschaftsverhältnis, sondern vielmehr gerade umgekehrt beiderseits den Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses, wie es § 226 IV HGB im Auge hat, zur Folge hatte. Dafür würde sprechen, daß eben keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen könnte, sie vielmehr umgekehrt gegenseitig auf eine Verständigung angewiesen wären, wie sie z.B. bei gleichgeordneten Konzerngesellschaften über die beiderseitigen Belange herbeigeführt werden muß".

Das RG hat diese Frage nicht entschieden und auch nicht zu entscheiden gehabt, da nach dem damals (1935) geltenden Recht (§ 226 HGB) das Stimmrecht von Aktien, die einer abhängigen Gesellschaft gehören, noch nicht ausgeschlossen war. Von Hefermehl²⁵⁰ (dagegen Boesebeck²⁵¹) werden diese Ausführungen des RG als "nur beiläufig getroffene Bemerkung" ausgesprochen, deren Richtigkeit schon nach dem damals geltenden Recht zweifelhaft sei, die jedenfalls für das geltende Aktienrecht keine Geltung mehr beanspruchen könnten. Ob diese Annahme zutreffend ist, wird bei der Erörterung der Ausführungen von Hefermehl untersucht werden.

In der Amtlichen Begründung²⁵² wurde zu § 15 II und dem in dieser Bestimmung aufgestellten Begriff der abhängigen Gesellschaft in Anlehnung an RG 149, 305 ff folgendes ausgeführt:

"Auch bei einer wechselseitigen Verflechtung von Unternehmen entscheidet sich die Frage, ob das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, danach, ob der Aktienbesitz des einen allein

249) aaO S. 65 ff und 67; vgl. unten S. 119 ff.

250) aaO S. 306, 307.

251) aaO S. 402, 403.

252) aaO S. 162.

oder in Verbindung mit anderen Mitteln ihm die Beherrschung des anderen gestattet. Dabei ist hervorzuheben, daß eine wechselseitige Verflechtung von Unternehmen durch gleich oder ungefähr gleich hohen wechselseitigen Aktienbesitz in der Regel eine Abhängigkeit des einen Unternehmen von dem anderen nicht begründen kann, da keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen kann, sie vielmehr auf eine Verständigung angewiesen sind".

Auf die Bedeutung der amtlichen Begründung wurde schon oben²⁵³ hingewiesen. Die von ihren Verfassern vertretene Ansicht ist nicht bindend, wenn sie auch Schlüsse darauf zuläßt, wie der Gesetzgeber eine Bestimmung verstanden wissen wollte, also auch Schlüsse auf die Art der Rechtsverhältnisse, auf den Typ der Unternehmenszusammenfassungen, die der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung erfassen wollte.

Von Hefermehl unter Zustimmung von Boesebeck²⁵⁴ wurde zutreffend darauf hingewiesen, daß es nicht entscheidend sein kann - auch bei nur unterstellter Richtigkeit der These vom Ausschluß eines Abhängigkeitsverhältnisses im Falle wB, die jeweils für sich allein betrachtet, beherrschende Einflußnahme vermitteln - daß die wB "gleich oder ungefähr gleich hoch" sind. Wenn die amtliche Begründung sich so ausdrückt, so ist das nicht wörtlich zu verstehen, sondern auf den sich aus dem wechselseitigen Aktienbesitz ergebenden "Einfluß" zu beziehen. Die wB dürfen "rechtlich und tatsächlich" (Hefermehl) keine unterschiedliche, d.h. ein einseitiges Übergewicht bedingende Bedeutung haben.

Was die Worte "in der Regel" betreffe, so bedeute diese Einschränkung nicht, führt Boesebeck²⁵⁵ aus, daß "damit der aufgestellte Grundsatz verwässert wird". "Es soll damit lediglich gesagt sein, daß trotz gleich hohen oder ungefähr gleich hohen wechselseitigen Aktienbesitzes andere außerhalb der Aktienbeteiligung liegende Umstände hinzukommen könnten, die zu einem Herrschaftsverhältnis des einen über das andere Unternehmen führen könnten (z.B. schuldrechtliche Vereinbarungen oder traditionell erwachsenes personelles Übergewicht)". Ritter²⁵⁶ und Fuchs-Gerloff²⁵⁷ glauben aus dieser Formulierung entnehmen zu können, daß die Verfasser der amtlichen Begründung "wechselseitige Abhängigkeit" für möglich gehalten haben. Was die amtliche Begründung mit diesem Zusatz sagen wollte,

253) S. 38 ff.

254) Hefermehl aaO S. 305 und Boesebeck aaO S. 402; vgl. dazu auch oben S. 67.

255) aaO.

256) aaO Anm. 4 c zu § 15; vgl. unten S. 78.

257) Fuchs-Gerloff, Die konsolidierte Bilanz, Köln 1954, S. 77, FuBn. 119, vgl. unten S. 84/85.

läßt sich kaum entscheiden und ist auch unerheblich.

Schlegelberger-Quassowski²⁵⁸ führt für den Fall "gleich oder ungefähr gleich hoher" WB, die "für sich allein betrachtet" jedem der Unternehmen "Herrschaft über das andere gewähren" würden, folgendes aus:

"Hier wird in der Regel eine Abhängigkeit des einen Unternehmen von dem anderen nicht angenommen werden können. Zwar beherrscht das eine Unternehmen die Hauptversammlung des anderen, andererseits kann aber dieses Unternehmen wiederum auf jenes beherrschenden Einfluß ausüben. Eine solche wechselseitige Verflechtung wird nicht sowohl für jedes der beiden Unternehmen die Herrschaft über das andere, sondern gerade umgekehrt beiderseits den Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses zur Folge haben. Denn keines der beiden Unternehmen kann dem anderen seinen Willen aufzwingen; sie sind vielmehr gegenseitig auf Verständigung angewiesen. Beispiel: ... (RG 149, 305 ff)".

Diesen Ausführungen, die der Iduna-Entscheidung des RG und der amtlichen Begründung folgen, schließt sich das übrige Schrifttum überwiegend, zum Teil ohne eigene Begründung an.

v. Godin-Wilhelmi²⁵⁹ schreibt:

"Wechselseitige, etwa gleichmäßige Beteiligung begründet keine Abhängigkeit, kann aber sehr wohl ein Konzernverhältnis herstellen und kann unter gewissen Umständen auch zu einer Abhängigkeit führen, z.B. wenn die leitende Persönlichkeit des einen Unternehmens auch das andere beherrscht, jedoch reicht letzteres nicht unter allen Umständen aus (RG 167, 50). Nach allem kommt es auf die sämtlichen Umstände des Falles an; das bringt für die Anwendung des § 65 (5) und (6) beträchtliche Unsicherheit mit sich".

Baumbach-Hueck²⁶⁰ schreibt:

"bei Verflechtung", d.h. der "Möglichkeit wechselseitiger Beeinflussung" "entscheidet über die Anwendbarkeit des § 15 II, ob eine Abhängigkeit vorliegt, ob z.B. das eine Unternehmen mit Aktienbesitz stärker am anderen beteiligt ist als umgekehrt".

Adler-Düring-Schmaltz²⁶¹ betont die "Gleichordnung", d.h. das zwischen den wechselseitig beteiligten Gesellschaften bestehende Verhältnis der Gleichordnung.

"In der Konzernform der Gleichordnung gibt es hauptsächlich die gegenseitige Beteiligung (Verflechtung)".

Eine gegenseitige Verflechtung durch ungefähr gleich hohen Aktienbesitz führt in der Regel nicht zur Abhängigkeit (§ 15 II). Keine der beiden Gesellschaften kann der anderen ihren Willen aufzwingen, sie sind vielmehr auf eine Verständigung angewiesen, vgl. RG 149, 305, dagegen wird regelmäßig ein Konzernverhältnis durch Gleichordnung, § 15 I, vorliegen, falls eine gemeinsame Leitung besteht".

258) aaO Anm. 14 c zu § 15.

259) aaO Anm. 9 zu § 15.

260) aaO Anm. 3 c zu § 15.

261) aaO § 128 TZ 132.

Anders liege es, wenn ein Teil der stärkere sei, z.B. der Aktienbesitz nicht gleichmäßig sei oder das wirtschaftliche Schwergewicht etwa bei wB zwischen einem Großunternehmen und einem kleineren Unternehmen die Annahme eines (einseitigen) Abhängigkeitsverhältnisses fordere.

"Gleichordnung" bestehe, soviel diesen Ausführungen zu entnehmen ist, aber auch schon in dem durch die gegenseitige Verständigung ausgezeichneten Beziehungsverhältnis und nicht erst bei Vorliegen einheitlicher Leitung.

Teichmann-Koehler ²⁶² schreiben:

"Ist der Einfluß der einen Unternehmung auf die andere dergestalt überwiegend, daß eine einheitliche Leitung oder beherrschender Einfluß festzustellen ist, so liegt ein Konzern nach Abs. 1 oder 2 (Anm.: des § 15 AktG) vor; halten sich aber die Unternehmungen wechselseitig im Schach, so liegt kein Konzern vor. Denn die Folgen, die sonst mit einer solchen Hörigkeit verbunden sind, werden sich ausgleichen, indem die andere Gesellschaft ihrerseits wieder den entsprechenden Einfluß auf die andere nimmt".

Teichmann-Koehler weichen insofern von dem RG 149, 305 folgenden Schrifttum ab, als sie die Gegenseitigkeitsbeziehung wechselseitig beteiligter Gesellschaften nicht so sehr im Licht "gegenseitiger Verständigung" sehen, auf die die beiden Gesellschaften nach RG-Iduna "angewiesen" sein sollen, sondern den Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses bzw. eines Konzerns nach § 15 I für den Fall annehmen, daß sich die beiden Unternehmungen "wechselseitig im Schach halten", indem beide jeweils sich entsprechenden Einfluß aufeinander nehmen ²⁶³.

Wenn Teichmann-Koehler ausführen, daß bei überwiegendem Einfluß eines Unternehmens (also einseitigem beherrschenden Einfluß) einheitliche Leitung gegeben sein kann, so ist dem zuzustimmen ²⁶⁴, wenn es sich auch in einem solchen Fall um einen Konzern im Sinne des § 15 I handeln würde, bei dem die Konzernunternehmen zueinander im Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen, § 15 II.

262) aaO Anm. 4 zu § 15.

263) Auf dieses von Teichmann-Koehler in dieser Weise angesprochene Gegenseitigkeitsverhalten wird später, unten S.151, noch einmal zurückgekommen. Es stellt eine Spielart des durch wB bestimmten Gegenseitigkeitsverhaltens zweier Unternehmen zueinander dar, dessen Erscheinungsformen von völliger Selbständigkeit über die "gegenseitige Verständigung" bis zu einheitlicher Leitung reichen.

264) Vgl. oben S.69/70.

In verschiedenen Stellungnahmen wird mehr oder weniger wörtlich den Ausführungen der Amtlichen Begründung zur WB gefolgt, so in den Aufsätzen von Dietrich, Helbig, Piltz, Herold, Gerloff, Eckelt und Simon²⁶⁵, und in der Arbeit von Toeplitz²⁶⁶. Eckelt fügt noch hinzu, daß "der Fall einer lediglich durch Beteiligungen vermittelten Gleichordnung" vorliege, während Simon meint, daß die Hinweise der Amtlichen Begründung keine umfassende Lösung geben, da es sich in der Praxis nicht immer mit Sicherheit bestimmen lasse, ob sich nun bei WB ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinn des § 15 II ergebe. Braun v. Stumm²⁶⁷ zitiert zustimmend die der Amtlichen Begründung folgenden Ausführungen von Piltz.

2) "Gegenseitige Abhängigkeit" wegen der Undurchsichtigkeit des Tatbestands?

Einige Autoren sprechen zwar nicht ausdrücklich davon, daß "wechselseitige Abhängigkeit" möglich ist, äußern aber Bedenken gegen die Auffassung des RG und der Amtlichen Begründung, wobei teilweise nicht klar ist, ob diese Bedenken sich nicht mehr gegen die WB als solche richten.

Friedlaender²⁶⁸ verweist auf den Iduna-Fall, nach seinen Worten "eine recht bedenkliche Verschachtelung, bei der schließlich nicht klar war, wer wen beherrschte". Wenn "das Reichsgericht die Existenz eines Abhängigkeitsverhältnisses verneinte" - Friedlaender äußert sich nicht darüber, ob er den rechtlichen Ausführungen des RG folgt - so zeige das "die ungesunden Folgen einer solchen Verschachtelung".

Rasch²⁶⁹ führte zu RG 149, 305 ff aus:

"Man könnte meinen, daß hier ein beherrschender Einfluß eines Unternehmens auf das andere ausgeschlossen, daß vielmehr beide auf Verständigung miteinander angewiesen seien, da keine der anderen ihren Willen aufzwingen könne".

Indessen werde praktisch bei nennenswerter WB meist einheitliche

- 265) Dietrich, JW 1937, 978 und DR 1941, 1941; Helbig, DGBR 1942, 82; Piltz, KartR 1937, 203; Herold, Soz. Prax. 1939, 726; Gerloff, Soz. Prax. 1938, 612; Eckelt, JW 1937, 1201; Simon, BankArch. 1937, 242.
- 266) Heinrich Theodor Toeplitz, Begriff und Wesen der abhängigen Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz vom 30.1.1937, Diss., Breslau 1937, S. 19.
- 267) Braun v. Stumm, Die Dachgesellschaft im Aufbau der deutschen Konzerne, Stuttgart, Berlin 1941, S. 2/3.
- 268) aaO S. 67. So äußerte sich vor der Iduna-Entscheidung schon Liefmann aaO S. 80, 108.
- 269) aaO (1. Aufl.) S. 49.

Leitung gegeben sein ²⁷⁰; denn "die ggsB könne ohne einheitlichen Plan, ohne eine einheitliche Leitung kaum erfolgen", so daß, "wenn nicht der Tatbestand des § 15 II, so doch der des Abs. 1 aaO gegeben" sei. Weiter meint Rasch

"Daß zwei Unternehmen mit Hilfe ihrer Beteiligungen einander "gegenseitig in Schach halten" (Anm.: so Teichmann-Koehler), ist zwar denkbar, für den Regelfall aber doch kaum anzunehmen.

Praktisch ist vielmehr der Fall wV, zumal unter Berücksichtigung indirekter Beteiligungen, ein charakteristischer, wenn auch - wegen der Unklarheit der dadurch hervorgerufenen Rechtsverhältnisse (vgl. §§ 51 II, 65 V, VI AG) - nicht immer erwünschter Konzerntatbestand".

Nicht äußerte Rasch sich jedoch zu der Frage, ob es "wechselseitige Abhängigkeit" im Falle wB geben kann, die für die Anwendbarkeit der von ihm genannten Bestimmungen - sofern nicht einseitige Abhängigkeit gegeben ist - Voraussetzung wäre. Einheitliche Leitung ohne einseitige Abhängigkeit oder "wechselseitige Abhängigkeit" würde einen Gleichordnungskonzern vorliegen lassen; für die Konzernunternehmen würden die für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen (§§ 51 II, 65 V, VI AktG) jedoch nicht gelten. Rasch schreibt so auch nicht, wie er die Rechtslage beurteile, wenn die wechselseitig beteiligten Gesellschaften sich nicht "gegenseitig in Schach halten", auf der anderen Seite einheitliche Leitung aber nicht gegeben ist.

Ritter ²⁷¹ wiederum meint wohl, daß es "wechselseitige Abhängigkeit" geben könne. Er scheint den Worten der Amtlichen Begründung ("in der Regel") zu entnehmen, daß auch diese - obgleich nur in Ausnahmefällen - "wechselseitige Abhängigkeit" für denkbar hielt. "Es kann sein, daß ... beide Unternehmen zugleich herrschen und abhängen.

Aber im allgemeinen wird doch wohl immer nur das eine oder das andere Unternehmen herrschen können". Die Amtliche Begründung von 1937 "hebt hervor, daß eine wV von Unternehmen durch gleich oder ungefähr gleich hohen Aktienbesitz in der Regel eine Abhängigkeit des einen Unternehmen von dem anderen nicht begründen kann" - "ein Erfahrungssatz, der gewiß richtig ist (vgl. Fall RG 149, 305)".

Adler ²⁷² spricht ebenfalls von der Möglichkeit "wechselseitiger Abhängigkeit", nimmt aber zu Unrecht an, daß auch RG 149, 305

270) Vgl. oben S. 69/70.

271) aaO Anm. 4 c zu § 15.

272) WTr 1936, S. 214 ("Gibt es zwischen Aktiengesellschaften eine gegenseitige Abhängigkeit (§ 226 Abs. 4 HGB)?").

dieser Auffassung zuneigte. Er schreibt, bei dem der Iduna-Entscheidung zugrundeliegenden Fall seien beide Unternehmen so miteinander verbunden gewesen, "daß im eigentlichen Sinn keines von ihnen trotz engster Verbundenheit eine beherrschende Stellung ausübt". Es läge deshalb "kein einseitiges sondern ein wechselseitiges Herrschaftsverhältnis" vor. "Keine der beiden Gesellschaften kann der anderen ihren Willen aufzwingen. Sie sind vielmehr gegenseitig auf Verständigung angewiesen.

Hier ist die Iduna-Entscheidung des RG aber mißverstanden. Außerdem ist unklar, wie ein Abhängigkeitsverhältnis bestehen kann, wenn kein Unternehmen in der Lage ist, dem anderen seinen Willen aufzuzwingen.

Schmidt/Meyer-Landrut ²⁷³ meint zunächst

"Gibt die wV keinem der verflochtenen Unternehmen ein Übergewicht über das andere, so liegt ein Fall der Abhängigkeit nicht vor, (RG 149, 308), möglicherweise aber, wenn eine einheitliche Leitung besteht, eine Konzernbildung nach Abs. 1".

Schmidt/Meyer-Landrut scheint der Iduna-Entscheidung zu folgen, schreibt dann aber im Anschluß an Rasch und Friedlaender:

"Mit Recht weist auch Rasch S. 48 (s. auch Friedlaender S. 78, Anm. des Verfassers: es muß richtig heißen S. 67) gegen RGZ 149, 308 und Teichmann-Koehler Anm. 4 darauf hin, daß der Fall der wechselseitigen Verflechtung häufig wegen ihrer Undurchsichtigkeit einen Konzernatbestand darstellen kann, da im Einzelfall die Verflechtung so weit gehen kann, daß eine gegenseitige Abhängigkeit im Sinne § 15 II besteht".

Wenn Friedlaender von einer "recht bedenklichen Verschachtelung" und Rasch (schon 1. Aufl.) von einem "wegen der Unklarheit der dadurch hervorgerufenen Rechtsverhältnisse nicht immer erwünschten Konzernatbestand" sprechen, so folgern sie daraus doch wohl nicht die Anwendbarkeit von § 15 II, d.h. "wechselseitige Abhängigkeit" - wenn ihre Bemerkungen nicht überhaupt nur rechtspolitische Bedenken ausdrücken sollten, welche Annahme bei Friedlaender nahe liegt. Aus der "Undurchsichtigkeit" wV wechselseitige Abhängigkeit zu folgern - wie Schmidt/Meyer-Landrut es offenbar wollen - erscheint rechtlich nicht haltbar. Für den Fall, daß "die Verflechtung so weit geht" - d.h. wohl dann, wenn jede Beteiligung für sich betrachtet beherrschende Einflußnahme gewährleistet - "daß eine gegenseitige Abhängigkeit" besteht, ein Konzernverhältnis

im Sinne von § 15 II anzunehmen, ist dagegen ein Weg zur Erfassung wV, den, worauf noch einzugehen sein wird, auch Hefermehl einzuschlagen versuchte. Wenn dieser Weg gangbar wäre, es also "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II gäbe, so läge ein "Konzern" aber doch nicht wegen der "Undurchsichtigkeit" der wV vor, sondern wegen der Anwendbarkeit von § 15 II auf diesen Tatbestand. Die Ausführungen von Schmidt/Meyer-Landrut sind also zumindest "nicht ganz klar" (so Kropff ²⁷⁴).

3) Die Ableitung "gegenseitiger Abhängigkeit" aus einheitlicher Leitung?

Zum Teil erfolgt in der Literatur zur wB eine merkwürdige Verquickung der Begriffe "einheitliche Leitung" und "Abhängigkeit", wobei "Abhängigkeit" - wechselseitiger Art - aus "einheitlicher Leitung" gefolgert wird. Grund dafür ist wohl, daß der Begriff der Abhängigkeit nicht mehr als wesensgleich mit dem der "Subordination" verstanden wird. Eine solche Auslegung ist mit § 15 II aber nicht vereinbar, denn dessen Tatbestand stellt den typischen Fall eines Subordinationsverhältnisses dar ²⁷⁵.

So heißt es bei Trumpler ²⁷⁶ zu den Ausführungen der amtlichen Begründung:

"In Wirklichkeit kann jedoch in einem solchen Falle die Unabhängigkeit der beteiligten Gesellschaften nur angenommen werden, wenn der gegenseitige (oder wechselseitige, Anm. des Verfassers: nur unter der ersteren versteht Trumpler die wB, unter der letzteren dagegen den Fall einer Ringbeteiligung) Besitz auf Zufall beruht oder lediglich zur Kapitalanlage dient. Stehen aber die beteiligten Gesellschaften unter einheitlicher Leitung, so sind die beiden Gesellschaften dermaßen gegenseitig abhängig, daß die eine Gesellschaft ohne die andere noch nicht einmal einen Hauptversammlungsbeschluß zustande bringen kann, von einer freien Willensbestimmung kann daher bei ihnen nicht die Rede sein. Vielmehr beruht die Lebensfähigkeit der beiden Gesellschaften lediglich auf dem Konzernverhältnis, d.h. darauf, daß sie unter einheitlicher Leitung stehen".

Hier liegt, wie Boesebeck zutreffend feststellt ²⁷⁷, eine Vermengung verschiedener Begriffe vor. Einheitliche Leitung mit der Folge, daß ein Konzernverhältnis nach § 15 I angenommen werden könnte, würde im Falle wB voraussetzen, daß etwa Vorstand und Aufsichtsrat "im wesentlichen aus den gleichen Personen bestehen" (so Boesebeck ²⁷⁸) oder ein Gemeinschaftsorgan vorhanden ist

274) aaO S. 16 Fußn. 9.

275) Rasch aaO (2. Aufl., 1955) S. 40.

276) aaO S. 366.

277) aaO S. 402, 403.

278) aaO S. 402; vgl. auch oben S. 69/70.

(ein andersgelagerter Fall würde vorliegen, wenn die einheitliche Leitung von einer dritten Person ausgehen würde, so etwa bei wB zwischen zwei Tochtergesellschaften einer Muttergesellschaft). Mit der Annahme einheitlicher Leitung, also der Annahme eines Konzernverhältnisses nach § 15 I ist aber noch nichts darüber gesagt, ob die unter einheitlicher Leitung stehenden wechselseitig beteiligten Gesellschaften auch in einem Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 15 II zueinander stehen. Das ist hier entscheidend, denn die für herrschende und abhängige Unternehmen, die als Konzernunternehmen gelten, ohne daß einheitliche Leitung vorliegen muß ²⁷⁹, geltenden Bestimmungen (insbesondere die §§ 51 II, 65 V, 114 VI) sind auf Konzernunternehmen nach § 15 I nur dann anzuwenden, wenn diese sich auch in einem Abhängigkeitsverhältnis nach § 15 II befinden ²⁸⁰. Selbst wenn wechselseitig beteiligte Unternehmen unter einheitlicher Leitung ständen, also Konzernunternehmen nach § 15 I wären, ist es für die Frage, ob die eine Gesellschaft von der anderen Aktien erwerben und aus diesen Aktien abstimmen kann, entscheidend, ob sie von der anderen abhängig ist, ist es bei wechselseitig für sich betrachtet jeweils gleichen beherrschenden Einfluß gewährenden Beteiligungen damit entscheidend, ob die Gesellschaften sich in einem Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit befinden bzw. überhaupt befinden können ²⁸¹.

Wenn nun Trumpler meint, daß bei Vorliegen einheitlicher Leitung beide Gesellschaften "dermaßen gegenseitig abhängig sind, daß die eine Gesellschaft ohne die andere noch nicht einmal einen HV-Beschluß zustandebringen kann, von einer freien Willensbestimmung daher bei ihnen nicht die Rede sein kann", also aus der einheitlichen Leitung ein "gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis" im Sinne des § 15 II folgern will, so ist dazu folgendes zu sagen: gewiß wird (und muß auch) die einheitliche Leitung "soweit gehen, daß von einer wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen nicht mehr gesprochen werden kann" (Rasch ²⁸²). Diese

279) hM; aa Würdinger aaO S. 221. Der RegE § 17 I 3 spricht lediglich eine Vermutung aus für das Vorliegen eines Konzerns bei Abhängigkeitsverhältnissen.

280) So aber auch Würdinger mit der hM aaO.

281) Darüber hinaus ist noch die Möglichkeit einer analogen Anwendung zu untersuchen, vgl. unten S.109ff, die Trumpler aber nicht meint.

282) aaO S. 38; das gilt auch, wenn die Konzernunternehmen weitgehende Entscheidungsfreiheit haben (Dezentralisation der Verwaltung); vgl. Würdinger aaO S. 219.

wirtschaftliche "Unselbständigkeit" ist aber rechtlich keineswegs immer wesensgleich mit "Abhängigkeit" bzw. anders ausgedrückt, wird sich keineswegs immer als "Abhängigkeit" darstellen. Unterliegen einer einheitlichen Leitung Unternehmen, die sich im Verhältnis der Über- und Unterordnung zueinander befinden, d.h. geht die einheitliche Leitung z.B. von einer Dachgesellschaft aus, so entspricht die wirtschaftliche Unselbständigkeit der Untergesellschaften aufgrund der von der Dachgesellschaft ausgehenden einheitlichen Leitung in ihrem Erscheinungsbild der durch die faktisch ausgeübte Beherrschung bedingten Abhängigkeit der Untergesellschaft von der Obergesellschaft, wenn auch wie oben ausgeführt wurde, einheitliche Leitung - auch zwischen Gesellschaften im Verhältnis der Über- und Unterordnung - eine Mehr gegenüber der Beherrschung (im Sinne des § 15 II) erfordert, die "Abhängigkeit" also gewissermaßen von der durch die von der Obergesellschaft ausgehende einheitliche Leitung bedingten wirtschaftlichen Unselbständigkeit "konsumiert" wird ²⁸³.

Unterliegen dagegen einheitlicher Leitung gleichgeordnete Unternehmen (bzw. schafft die einheitliche Leitung erst die Koordinierung) so stellt sich die bestehende wirtschaftliche Unselbständigkeit der durch einheitliche Leitung zusammengefaßten aber gleichgeordneten Unternehmen nicht als "Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II dar, keine der Gesellschaften wird oder kann der anderen ihren Willen aufzwingen, die einheitliche Leitung beruht vielmehr auf dem gemeinsam durch gegenseitige Verständigung entworfenen wirtschaftlichen Plan und auf der danach ausgerichteten, eine einheitliche Linie verfolgenden, gemeinsamen - in diesem Sinn einheitlichen - aber koordinierten Geschäftsführung.

Liegt demnach bei wB einheitliche Leitung vor, so hängt die Anwendbarkeit der für abhängige und herrschende Unternehmen geltenden Bestimmungen davon ab, ob entweder ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, die einheitliche Leitung also von dem beherrschenden Unternehmen ausgeht, oder bei wechselseitig für sich allein betrachtet in gleicher Weise beherrschenden Einfluß gewährenden Beteiligungen (sofern nicht trotzdem faktisch einseitige Abhängigkeit gegeben ist) "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II möglich ist. Erweist es sich dagegen in diesem letzten Fall, daß der gegenseitig "beherrschende" Einfluß

283) So wird es in der Regel sein, da einheitliche Leitung im allgemeinen durch beherrschende Beteiligungen ermöglicht wird, vgl. Würdinger aaO S. 221.

sich ausgleicht, also keines der beiden Unternehmen in der Lage ist, dem anderen seinen Willen aufzuzwingen, so würden sich die durch wB und einheitliche Leitung zusammengefaßten Unternehmen als gleichgeordnet darstellen und eine Anwendung von Vorschriften, die für Subordinationsverhältnisse aufgestellt sind, auf dieses gleichgeordnete Verhältnis sich grundsätzlich, wenn nicht andere Überlegungen²⁸⁴ zu einer entsprechenden (analogen) Anwendung dieser Bestimmungen auf gleichgeordnete Unternehmen führen können, verbieten.

Trumpler's Ausführungen sind also insoweit zu weitgehend, als die durch einheitliche Leitung bedingte wirtschaftliche Unselbständigkeit nicht generell, sondern nur innerhalb von Subordinationsverhältnissen sich gleichzeitig als Abhängigkeit darstellt. Zum anderen wurde "gegenseitige Abhängigkeit" ohne weiteres als gegeben behauptet und gar nicht erwogen, ob sich dieses so verstandene Verhältnis nicht als Koordinationstatbestand erweisen könnte.

Wenn Trumpler weiter ausführt:

"Solche gegenseitige Abhängigkeitsverhältnisse können zu schweren Mißständen führen, weil dabei der Einfluß der beiderseitigen Hauptversammlungen ausgeschaltet und die Konzernleitung unbeschränkter Herr der beteiligten Unternehmen ist. Würde man in solchen Fällen die beteiligten Gesellschaften als unabhängig behandeln, so könnten die Beschränkungen, die das Gesetz an das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses knüpft, leicht dadurch umgangen werden, daß ein gegenseitiges ... Abhängigkeitsverhältnis hergestellt wird; die beteiligten Gesellschaften könnten dann ihren gegenseitigen ... Besitz beliebig erhöhen, wenn sie dabei nur ein ungefähr gleiches Beteiligungsverhältnis einhielten.

.....

Aus diesen Gründen muß bei gegenseitigem ... Mehrheitsbesitz bei sämtlichen beteiligten Gesellschaften ein Abhängigkeitsverhältnis angenommen werden".

so muß dem entgegengehalten werden, daß es nicht angehen kann, wechselseitig beteiligte Unternehmen - wenn es sich erweisen sollte, daß es "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II nicht geben kann - nur deshalb als abhängig zu behandeln, weil das Beziehungsverhältnis wechselseitig beteiligter Unternehmen als rechtspolitisch unerwünscht betrachtet wird, weil also diesem Koordinationstatbestand - bei unterstellter Richtigkeit der These von der Kompensation - gewisse typische Gefahren immanent sind. Auch wenn es sich diesbezüglich um ähnlich begründete Bedenken handeln sollte, wie sie den Aktiengesetzgeber von 1937 bewogen,

284) Wie etwa bei Mestmäcker aaO S. 117, Würdinger aaO S. 215 und Winter aaO S. 65 ff (für den Fall, daß anstelle von "gegenseitiger Abhängigkeit", die er für möglich hält, aaO S. 60 ff, ein Koordinationsverhältnis gegeben ist. Vgl. dazu unten S. 109 ff).

die Bestimmungen der § 15 II iVm den §§ 51 II, 65V, 114 VI aufzustellen, so bedarf es doch der Feststellung, daß der Gesetzgeber diese rechtspolitischen Ziele nur innerhalb von Subordinationsverhältnissen verfolgt. Eine direkte Anwendung dieser Bestimmungen auf koordinierte Unternehmensverbindungen - wenn es sich bei wechselseitig höher beteiligten Unternehmen um solche handelt - käme damit nicht in Frage. Es ist Trumpler aber Recht zu geben, wenn er es nicht allein auf die Frage der begriffsjuristischen Unterordnung dieser Unternehmensverbindung unter den Tatbestand des § 15 II abstellt, sondern den rechtspolitischen Bedenken gegen wB nach geltendem Recht abhelfen möchte. Diese Überlegung verlangt aber entweder die Annahme "wechselseitiger Abhängigkeit" und ihre Begründung gegen die Theorie von der Kompensation oder die Konstruktion eines anderen rechtlichen Weges, der die Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen, die nicht voneinander "abhängig" sind, zuläßt. Sollte es "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II geben, so würde sich eine Begründung der Anwendbarkeit der für abhängige Gesellschaften geltenden Bestimmungen aus der Gefahr ihrer Umgehung erübrigen, wenn auch die spezifisch aus Abhängigkeitsverhältnissen erwachsenden Gefahren sich im Falle wechselseitig gleich hoher jeweils beherrschender Beteiligungen finden müßten, damit die Annahme "wechselseitiger Abhängigkeit" auch im Hinblick auf die sich in § 15 II ausdrückende rechtspolitische Zielsetzung gerechtfertigt wäre. Was die Gefahr der Umgehung betrifft, von der Trumpler spricht, so würde bei Annahme von "Unabhängigkeit" im Sinne von § 15 II - These der Kompensation - davon nur gesprochen werden können, wenn die wB ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis verschleiern sollen, nicht dagegen dann, wenn sie ein Koordinationsverhältnis mit dem Ausschluß jeder Abhängigkeit begründen - wie es die These von der Kompensation annimmt, die aber das Fortbestehen einseitiger Abhängigkeit und damit die Anwendbarkeit von § 15 II keineswegs ausschließt.

Fuchs-Gerloff ²⁸⁵ folgen den Ausführungen von Trumpler. Sie meinen: "Im Fall ggsB ist zu prüfen, welche der beiden Gesellschaften herrscht. Es kann sein, daß keine von beiden herrscht". Wenn die amtliche Begründung davon spreche, daß "in der Regel" jedes Hörigkeitsverhältnis entfalle, so verallgemeinere sie damit

diesen Fall ²⁸⁶. Fuchs-Gerloff folgen insoweit der Ansicht von Ritter ²⁸⁷, wenn diese auch umgekehrt die Kompensation als Regelfall ansahen. Im folgenden schließen sie sich dann Trumpler an, auf den sie auch verweisen ²⁸⁸:

"Auch bei etwa gleichem wechselseitigen Anteilsbesitz wird aber oft eine Gesellschaft dominieren oder wenn das offensichtlich nicht der Fall ist, kann doch eine Abhängigkeit gegeben sein, die aus der dann meist gegebenen "einheitlichen Leitung" erwächst". Insoweit kann auf das zu Trumpler Gesagte verwiesen werden, der ebenso aus einheitlicher Leitung gegenseitige Abhängigkeit annehmen wollte.

Diesen vorstehend aufgeführten Stimmen aus dem Schrifttum zur wB, die sich kritisch gegen die Iduna-Entscheidung des RG und gegen die Ausführungen der Amtlichen Begründung aussprechen, ist gemeinsam, daß sie die Möglichkeit "wechselseitiger Abhängigkeit" lediglich behaupten, die "Kompensation" auf der anderen Seite zum Teil als Regelfall, zum Teil nur ausnahmsweise annehmen, ohne im Einzelnen dafür Gründe anzuführen. Im Besonderen wird kaum versucht, aufzuzeigen, wie das Gegenseitigkeitsverhalten bei "wechselseitiger Abhängigkeit" - bei der ja jedes Unternehmen gegenüber dem anderen gleichzeitig herrschend und abhängig sein müßte - sich abspielen soll. Während das Erscheinungsbild einseitiger Abhängigkeit relativ klar und eindeutig umschrieben werden kann und wird, erscheint es doch nicht ganz einfach sich vorzustellen, geschweige denn juristisch zu umschreiben wie eine Gesellschaft gegenüber ein und derselben anderen herrschend und beherrscht, d.h. abhängig, sein soll, wenn auch der Versuch diesbezüglich eine Vorstellung zu gewinnen, schon die "Faszination erklärt", - wie Kropff ²⁸⁹ in anderem Zusammenhang sich ausdrückt - "die wechselseitig beteiligte Unternehmen - siamesische Zwillinge des Gesellschaftsrechts - seither auf ihre Betrachter ausgeübt haben".

4) Der Versuch Hefermehl's, die Möglichkeit "gegenseitiger Abhängigkeit" zu begründen

Den eingehendsten Versuch, das Phänomen "wechselseitiger Abhängigkeit" zu ergründen, im Besonderen die These von der Kompensation auf ihre Richtigkeit zu untersuchen, hat im neueren Schrifttum zur wB Hefermehl ²⁹⁰ unternommen. Er kommt, wie schon zitiert

286) Fuchs-Gerloff aaO S. 77 Fußn. 119; vgl. auch oben S. 74/75.

287) aaO Anm. 4 c zu § 15; vgl. auch oben S. 74/75 und 78.

288) aaO S. 77. 289) aaO S. 15.

290) aaO ("Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften", DB 1955, 304 ff) S. 305/307. Bei Hinweisen und Zitaten wird im folgenden die Seitenzahl in den Anmerkungen nur angegeben, wenn sie sich ändert oder wenn auf Fußnoten verwiesen wird.

291 zu dem Ergebnis:

"Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Unternehmen mit gleich oder annähernd gleich hohem Aktienbesitz, deren jeder für sich allein betrachtet die Beherrschung des anderen Unternehmens ermöglichen würde, in der Regel nicht in einem zweiseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen können, läßt sich nicht aufstellen. Grundsätzlich besteht vielmehr zwischen beiden Unternehmen ein zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis. (§ 114 VI AktG ist deshalb für beide Gesellschaften anzuwenden; Klammer vom Verfasser). Die gegenteilige - nur beiläufig getroffene - Bemerkung des RG in der Iduna-Entscheidung, deren Richtigkeit schon für das frühere Aktienrecht zweifelhaft war, trifft jedenfalls für das geltende Aktienrecht, das die HV von einer Einwirkung auf die Geschäftsführung des Vorstandes ausschließt, nicht zu".

Im Einzelfall könnten besondere Umstände für ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis sprechen bzw. ein zweiseitiges oder einseitiges Abhängigkeitsverhältnis durch besondere Vereinbarungen ausgeschlossen sein.

Hefermehl geht bei seiner Untersuchung davon aus, daß es für die Annahme einer beherrschenden Beteiligung genüge, daß eine Beteiligung einer Gesellschaft die "Möglichkeit" gebe, ein anderes Unternehmen willensmäßig zu unterwerfen ²⁹². Bei WB müßten - für eine "Kompensation" die erste Voraussetzung - beide Beteiligungen, jeweils für sich allein betrachtet, beherrschenden und zwar rechtlich gleichen Einfluß ermöglichen ²⁹³.

Hefermehl stellt dann die Frage, die auch die Iduna-Entscheidung stellte:

"Es fragt sich ... nunmehr, ob auch dann, wenn man die beiden Beteiligungen nicht für sich allein, sondern eben als wechselseitig wirkend ansieht, noch davon gesprochen werden kann, daß beide Gesellschaften die Möglichkeit haben, jeweils die andere zu beherrschen, oder ob nicht "Jedes Hörigkeitsverhältnis" wie das Iduna-Urteil sagt, entfällt".

Ob eine Möglichkeit bestehe, eine andere Gesellschaft beherrschend zu beeinflussen, beurteile sich danach, ob unter den gegebenen Umständen mit den vorhandenen Beherrschungsmitteln eine Beherrschung erzielt werden könne.

"Dies verneint die im Schrifttum herrschende Auffassung mit dem Hinweis darauf, daß das eine Unternehmen mit Hilfe seiner Stimmenmacht den Erfolg - die Beherrschung - deswegen nicht herbeiführen könne, weil das andere Unternehmen eine gleich hohe Stimmenmacht entgegensetzen habe".

Und jetzt stellt Hefermehl die Voraussetzung fest, unter der man

291) aaO S. 307, vgl. oben S. 71/72.

292) aaO S. 305, vgl. oben S. 57 ff.

293) Hefermehl aaO S. 306. So auch im Folgenden.

nur - wie er meint - von einer "Kompensation der Einflußmöglichkeiten" sprechen könnte:

"Es muß also festgestellt werden, ob tatsächlich die Einwirkung der einen Gesellschaft A auf die HV der anderen Gesellschaft B dazu führen kann, daß die B nunmehr ihre Stimmenmacht nicht mehr in dem von ihr selbst gewünschten Sinne geltend machen kann".

Das wäre aber doch gerade der Erfolg, den zu erreichen eine herrschende Gesellschaft gegenüber einer abhängigen in der Lage ist. Das sieht auch Hefermehl:

"Gleiches müßte aber auch umgekehrt gelten. Denn andernfalls läge immer noch ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis vor".

Da "einseitige Abhängigkeit" ohne "einseitige Beherrschung"

- aus der Sicht der anderen Gesellschaft - nicht denkbar ist, erscheint es nun aber doch zweifelhaft, wie der Fall, daß

"Gleiches auch umgekehrt gelten müßte", ohne "wechselseitige Beherrschung" (der für die jeweils andere Gesellschaft Abhängigkeit entsprechen würde) möglich sein soll. Hefermehl will aber gerade in diesem Fall, in dem "Gleiches auch umgekehrt gilt" wechselseitigen Ausschluß der Abhängigkeit annehmen.

Diese These von Hefermehl erscheint widersprüchlich und es tauchen schon an diesem Ausgangspunkt seiner Ausführungen zur Frage "Kompensation" oder "zweiseitige Abhängigkeit" Zweifel dahingehend auf, ob Hefermehl's These von den Voraussetzungen, unter denen eine Kompensation der wechselseitigen Einflußmöglichkeiten angenommen werden könnte, zutreffend ist und dem entspricht, was das RG in seiner Iduna-Entscheidung gemeint hat.

Hefermehl läßt seinerseits keinen Zweifel daran aufkommen, wie er seine These verstanden wissen wollte. Er betont sie mehrmals ausdrücklich, um dann davon ausgehend zu untersuchen, ob unter diesen "Voraussetzungen" nach dem AktG eine Kompensation erzielt werden könne oder nicht vielmehr ein "zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis" angenommen werden müsse. Primär entscheidend ist damit zunächst die von Hefermehl aufgestellte These. Wie er sie selbst verdeutlicht und zu der, den Ausgangspunkt seiner weiteren Ausführungen bildenden Kernfrage zusammenfaßt, zeigen seine folgenden Ausführungen (im Anschluß an die oben zitierte erstmalige Feststellung):

"Das soll an einem Beispiel verdeutlicht werden. Angenommen, die Gesellschaft A besitzt 95 v.H. B-Aktien und die Gesellschaft B hat ebenfalls 95 v.H. der A-Aktien. Dann könnte, wenn man jede Beteiligung isoliert betrachtet, einerseits B von A und andererseits A von B beherrscht werden. Wenn nun die Herrschaftsmöglichkeit der A ausgeschlossen sein sollte, so müßte die B mit ihrem Aktienbe-

sitz von der A erreichen können, daß die A nicht mehr oder nur in dem von B gewünschten Sinne stimmt. würde nun umgekehrt die A daselbe nicht auch von der B erreichen können, wäre A von B abhängig. Denn ihre Stimmenmacht wäre ja bedeutungslos geworden. Also muß, wenn die beiden Herrschaftsverhältnisse sich aufheben sollen, auch B veranlaßt werden können, bei A nicht mehr oder nur in dem von A gewünschten Sinne zu stimmen. Nur dann wäre die These der herrschenden Lehre zutreffend; keine der Gesellschaften wäre von der anderen abhängig".

"Demnach" meint Hefermehl, "ist zu prüfen, ob es zutrifft, daß beide Gesellschaften mit Hilfe ihrer Beteiligungen jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen können".

Da die Ausübung des Stimmrechts für Aktien, die einer Gesellschaft gehören, Geschäftsführungsmaßnahme und Vertretungshandlung ist, für sie nach den §§ 70, 71 AktG damit ausschließlich der Vorstand zuständig ist, es also, um von einer Gesellschaft zu erreichen, daß sie ihr Stimmrecht aus einer Beteiligung nicht oder nur in einem ganz bestimmten Sinne ausübt, erforderlich ist, auf den Vorstand dieser Gesellschaft in diesem Sinne einzuwirken, prüft Hefermehl im folgenden, wie und ob mit bindender Wirkung eine Gesellschaft mit der aus ihrer Beteiligung fließenden Stimmenmacht auf den Vorstand einer anderen Gesellschaft einzuwirken vermag, um von diesem eine Ausübung des Stimmrechts in ihrem Sinne zu erreichen. Hefermehl's Ziel ist es, festzustellen, "ob es zutrifft, daß beide Gesellschaften mit Hilfe ihrer Beteiligungen jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft", der ja wiederum nur über die in deren Beteiligung verkörperte Stimmenmacht erzielt werden könnte, "ausschließen können" und zwar ihrerseits durch Ausübung ihres Stimmrechts.

Hefermehl führt zunächst an sich zutreffend aus, daß eine "unmittelbare Beeinflussung der Geschäftsführung des Vorstands" über die HV nur im Rahmen des § 103 II AktG zulässig ist, d.h., daß nur, wenn der Vorstand es verlangt, die HV zu Fragen der Geschäftsführung, zu der die Abstimmung aus einer Beteiligung gehört, mit bindender Wirkung Stellung nehmen kann. Eine ohne Verlangen des Vorstands getroffene Entschliebung in Fragen der Geschäftsführung ist rechtlich bedeutungslos²⁹⁴. Damit ergebe sich, daß eine AG mit Hilfe ihrer Stimmenmacht jedenfalls nicht unmittelbar auf den Vorstand einer anderen AG einwirken könne, um von diesem zu erreichen, daß das Stimmrecht aus einer dieser Gesellschaft gehörenden Beteiligung in einem bestimmten Sinne ausgeübt werde.

294) Hefermehl verweist in Fußn. 19 auf Baumbach-Hueck aaO Anm. 4 b zu § 103 und Schlegelberger-Quassowski aaO Anm. 6 zu § 103.

Die Rechtslage sei daher, führt Hefermehl aus, heute eine völlig andere, als sie es nach dem früheren Aktienrecht des HGB gewesen sei, das die Grundlage der Iduna-Entscheidung des RG gebildet habe. Eine Berufung auf diese Entscheidung, die unter völlig anderen Voraussetzungen ergangen sei, sei heute nicht mehr möglich, ein Gesichtspunkt, der vom Schrifttum, das die Ausführungen des RG, die im übrigen nur beiläufig getroffen worden seien und die Frage nach der "wechselseitigen Abhängigkeit" weder entscheiden hätten, noch entscheiden hätten müssen, wie "ein allgemeingültiges Dogma" übernommen habe, nicht beachtet worden sei ²⁹⁵. Somit ergebe sich zunächst, daß die HV nicht unmittelbar auf die Geschäftsführung des Vorstands und damit auf die Ausübung des Stimmrechts einwirken könne. Hefermehl fragt dann, ob wenigstens eine "mittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung des Vorstands über dem Aufsichtsrat" bestehe. Die HV wählt nach § 87 I AktG die Mitglieder des Aufsichtsrats. Aufgrund einer beherrschenden Beteiligung wäre es also möglich, schreibt Hefermehl, den Aufsichtsrat mit Personen zu besetzen, die willensmäßig dem stimmenden Unternehmen unterworfen sind. Dem Aufsichtsrat könnten jedoch Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden, er sei reines Aufsichtsorgan. Der Aufsichtsrat könnte allenfalls dadurch auf die Geschäftsführung einwirken, daß er als Vorstandsmitglieder seinerseits Personen bestellt - nach § 75 I AktG -, die ihrerseits unter seinem und damit unter dem Einfluß der herrschenden Gesellschaft stünden.

Hefermehl trifft hier nichts anderes als die richtige Feststellung, daß eine gesellschaftsrechtliche Bindung der Verwaltungsorgane einer Untergesellschaft nach dem AktG nur in sehr beschränktem Maße möglich ist, daß also die "sog. interne Konzernmacht" - im Beteiligungskonzern - "keine Rechtsmacht" ist ²⁹⁶. Hefermehl's Feststellungen beziehen sich also auf die sich aus einer Beteiligung ergebende rechtliche Einflußmöglichkeit - bzw. die faktisch durch die Beteiligung vermittelte Einflußmöglichkeit, die Hefermehl andeutet, wenn er davon spricht, daß zu Mitgliedern von Aufsichtsrat und Vorstand Vertrauensleute der herrschenden Gesellschaft bestellt werden - und nicht nur auf die Frage, wie eine Gesellschaft den beherrschenden Einfluß einer anderen Gesellschaft in seinem Sinne auszuschließen vermag, indem sie ihre eigene Beteili-

295) Vgl. zu diesem, wie sich herausstellen wird, unrichtigen Einwand unten S. 102 ff.

296) So Würdinger aaO S. 193.

gung "beherrschend" einsetzt mit dem Ziel, auf die andere Gesellschaft so einzuwirken, daß sie deren Stimmrechtsausübung beherrschend beeinflusst. Diese Frage ist identisch mit der Frage nach der konzernrechtlichen Bindung einer Untergesellschaft. Die Beeinflussung der Ausübung des Stimmrechts durch den Vorstand einer Untergesellschaft - die zwar mit der Folge gesellschaftsrechtlicher Bindung nicht zu erreichen ist, aber wegen der durch die Beteiligung vermittelten faktischen Einflußmöglichkeit praktisch erreicht werden kann, ohne daß der Aktiengesetzgeber von 1937 das zu verhindern in der Lage war - diese Stimmrechtsausübungsbeeinflussung - gleichgültig mit welchem Ziel - ist nur ein besonderer Fall der Einflußnahme auf die Geschäftsführung einer Untergesellschaft. Das zeigt auch § 114 VI AktG, der an der faktisch zu erreichenden völligen Abhängigkeit der Untergesellschaft nichts ändern will, diese als Faktum zuläßt, aber verhindern will, daß über die abhängige Gesellschaft - auf deren Stimmrechtsausübung eben faktisch Einfluß genommen werden kann - auf die eigene HV - die HV der herrschenden Gesellschaft - Einfluß genommen wird. Diese von § 114 VI bekämpfte Einflußnahme würde gerade dann versucht, wenn eine Gesellschaft durch beherrschende Mittel veranlaßt würde, im Sinne einer anderen Gesellschaft abzustimmen.

Wenn Hefermehl also fragt, ob eine Gesellschaft mit ihrer Stimmenmacht erreichen könnte, daß eine andere Gesellschaft in ihrer eigenen HV in ihrem Sinne abstimmt, stellt er die Frage, ob diese Gesellschaft herrschend, die andere abhängig ist. Hefermehl erkennt das auch an, wenn er - wie erwähnt ²⁹⁷ - ausführt, daß diese Stimmrechtsbeeinflussung, wenn sie nur einseitig erfolgen würde, ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis bedingen würde. Stellt Hefermehl dann aber die Frage, ob beide Gesellschaften jeweils von der anderen durch Einsatz ihrer Stimmenmacht "erreichen" können, daß jeweils die andere Gesellschaft im Sinne der Gesellschaft abstimmt, in deren HV sie abstimmt, so stellt er - richtig gesehen - nicht die Frage nach der Möglichkeit eines beiderseitigen Ausschlusses der Abhängigkeit, sondern gerade umgekehrt nach der Möglichkeit wechselseitiger Beherrschung bzw. Abhängigkeit. Wenn beide Gesellschaften erreichen könnten - so definiert doch Hefermehl die Voraussetzung, unter der allein er einen beiderseitigen Ausschluß der Abhängigkeit und Unabhängigkeit annehmen möchte - daß

297) Vgl. oben S. 87/88.

jede Gesellschaft in der HV der anderen in deren Sinne abstimmt, so würden doch beide Gesellschaften über die andere Gesellschaft, deren Stimmrechtsausübung sie in diesem Fall beherrschend beeinflussen könnten, ihre eigene HV beherrschen, ein Ergebnis, das § 114 VI AktG ja gerade ausschließen wollte, ein Ergebnis aber auch, das ohne "zweiseitige Abhängigkeit" nicht erzielt werden könnte.

Hefermehl's These von der Kompensation läßt sich daraus erklären, daß Gesellschaften, die in seinem Sinn den beherrschenden Einfluß einer anderen Gesellschaft ausschließen könnten - was sie aber nach Hefermehl, wie noch dargelegt werden wird, nicht vermögen - isoliert gesehen "unabhängig" erscheinen, als sie bestimmen könnten - so erscheint es zunächst - wie die an ihnen beteiligte andere Gesellschaft in ihrer HV abzustimmen hätte. Sie würden jedoch als herrschend gegenüber dieser Gesellschaft angesehen werden müssen, da sie die Stimmrechtsausübung der anderen Gesellschaft - eine Geschäftsführungsmaßnahme - bestimmend zu beeinflussen in der Lage wären und würden dieser Gesellschaft gegenüber abhängig sein, da sie in deren HV nach deren Willen abstimmen müßten. Beide wären - obwohl es sich als nicht möglich erweisen wird, gleichzeitig herrschend und abhängig. Der Versuch, das Erscheinungsbild "wechselseitiger Abhängigkeit" an einem Beispiel formelhaft zu umschreiben, zeigt, daß dem zunächst denkbaren Begriff der "wechselseitigen Abhängigkeit" ein tatsächliches Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit nicht entspricht, daß es eine solche nicht gibt und nicht geben kann, daß die Aufstellung eines solchen Begriffes im Rahmen des § 15 II sich somit verbietet; denn der Abhängigkeitsbegriff des § 15 II ist gefaßt als rechtliche Umschreibung eines tatsächlichen Verhältnisses.

Man denke sich folgenden Fall: A und B, zwei AGn, sind wechselseitig mit je 51 % ihres Grundkapitals aneinander beteiligt. Es soll unterstellt werden, daß - im Sinne Hefermehl's These der Voraussetzung, unter der eine Kompensation angenommen werden könnte - beide Gesellschaften mit Hilfe ihrer Beteiligungen jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen könnten. A etwa würde also von der B erreichen, daß der Vorstand der B in der HV der A im Sinne der A abstimmt, was, wie oben festgestellt wurde, nur durch Beherrschung erzielt werden könnte. B würde umgekehrt entsprechend dasselbe von A erreichen. Hefermehl will in diesem Fall Ausschluß der Abhängigkeit annehmen. Wie wir oben aber feststellen müßten, würde gerade in diesem Fall wechsel-

seitige Abhängigkeit anzunehmen sein. Die scheinbare Unabhängigkeit beider Gesellschaften voneinander ergab sich daraus, daß beide Gesellschaften in der Lage sein sollen, den beherrschenden Einfluß der anderen auszuschließen. Die folgenden Erwägungen werden erweisen, daß die These von Hefermehl - daß in diesem Fall Unabhängigkeit vorliege - als richtig unterstellt, auch in Fortführung seines Gedankengangs sich keineswegs als zutreffend erweist, beide Gesellschaften also nicht im Sinne der Hefermehlschen These als unabhängig betrachtet werden könnten. Die gleichen Erwägungen werden zeigen - folgt man der hier vertretenen Auffassung, die gerade den von Hefermehl als unabhängig angesehenen Fall als den einzig denkbaren, wenn auch nur denkbaren, tatsächlich aber nicht möglichen Fall "wechselseitiger Abhängigkeit" ansieht -, daß es ein Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit tatsächlich nicht geben kann. Es wurde von dem Fall ausgegangen, daß A erreichen kann, daß der Vorstand der B in der HV der A im Sinne der A abstimmt und B umgekehrt dasselbe von A erreichen kann. Beide sind scheinbar unabhängig. Wenn beide Gesellschaften aber in dieser entscheidenden Weise aufeinander einwirken könnten, würde sich diese Einwirkung wechselseitiger Art nicht auf die in diesem Beispiel angesprochene Einflußnahme beschränken. Denkt man das Beispiel weiter, kommt man zu folgendem absurd anmutenden Ergebnis: B, von der A erreichen könnte, daß sie in der HV der A im Sinne der A abstimmt, könnte, da sie umgekehrt sogar dasselbe zu erreichen in der Lage ist, auch von A erreichen, daß das Abstimmungsergebnis, das durch Abstimmung der B in der HV der A erreicht werden soll, ihren Wünschen, d.h., den Wünschen der B entspräche, indem sie von A erwirkte, daß diese von ihr, von B, nur ein solches Vorgehen in der HV der A "erreichte", auf dessen Konzipierung die B bestimmend Einfluß genommen hätte. Beide Gesellschaften scheinen also doch wieder jeweils selbst bestimmen zu können, wie sie in der HV der anderen Gesellschaft abstimmen wollen. Aber dieses Gedankenspiel läßt sich fortsetzen: die andere Gesellschaft kann wieder bestimmend auf die Willensbildung ihrer "Zwillingsschwester" Einfluß nehmen.

Diese Erwägungen, als begriffliches Gedankenspiel genommen, zeigen, wie die These Hefermehl's, daß zwei Gesellschaften, die jeweils "den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen könnten", keineswegs "unabhängig" im Sinne des § 15 II wären - auch bei unterstellter Richtigkeit der These Hefermehl's.

Im Gegenteil, beide Gesellschaften wären bei jedem Vorgang innerer Willensbildung gleichzeitig herrschend und abhängig. Welche Gesellschaft schließlich die andere beherrscht - die von Friedlaender²⁹⁸ gestellte Frage - ließe sich nicht mehr sagen. Nach der hier vertretenen Auffassung, die den Fall, daß beide Gesellschaften jeweils von der anderen erreichen könnten, daß diese nur im Sinne der Gesellschaft abstimmt, an der sie beteiligt ist, also jede Gesellschaft erzwungenermaßen im Sinne der anderen abstimmen würde, als den einzig denkbaren, aber auch nur gedanklich möglichen Fall "wechselseitiger Abhängigkeit" ansprach, läßt es sich auch nicht feststellen, welche Gesellschaft nun eigentlich wann herrscht, da, wie das Beispiel zeigt, keine der beiden Gesellschaften in dem Sinne herrschen kann, daß sie der anderen ihren Willen aufzuzwingen in der Lage wäre, weil es tatsäc h l i c h nicht möglich ist, gegenüber ein und derselben Gesellschaft gleichzeitig herrschend und abhängig zu sein. Mit den Begriffen der "herrschenden" und "abhängigen" Gesellschaft ist dem Tatbestand wB, die jeweils "gleich oder ungefähr gleich hohen" - jede Beteiligung isoliert betrachtet - beherrschenden Einfluß gewährleisten, nicht beizukommen. Im Sinne von § 15 II sind beide Gesellschaften als "unabhängig" zu betrachten, wenn sie auch in einem weiteren Sinn des Wortes - jetzt nicht auf seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal des § 15 II beschränkt - voneinander "abhängig" sind, in dem Sinn, wie RG 149, 305 es meinte, wenn es davon sprach, daß beide auf eine Verständigung "angewiesen" sind²⁹⁹ oder wie Teichmann-Koehler³⁰⁰ das Gegenseitigkeitsverhalten mit den Worten

298) aaO S. 67 wohl im Anschluß an Liefmann aaO S. 80, 108.

299) Deshalb ist es auch unrichtig, die "gegenseitige Verständigung" als eine die "Abhängigkeit" unter Umständen ausschließende V e r e i n b a r u n g anzusehen, wie etwa Winter aaO S. 64 das tut, die nur deshalb diesen Erfolg nicht erreichen könne, weil sie unzulässig und damit nichtig sei. Im übrigen ist Winter auch nicht ganz klar; denn auf der anderen Seite, aaO S. 61, sagt er der Sache nach, daß beide Unternehmen auf gegenseitige Verständigung angewiesen seien, hält dieses Gegenseitigkeitsverhalten aber gerade für "gegenseitige Abhängigkeit", vgl. dazu unten S. 106 ff. Die gegenseitige Verständigung ist richtig allerdings notwendig, aber nicht deswegen, weil beide Unternehmen voneinander abhängig sind, sondern weil gar kein anderes Gegenseitigkeitsverhalten auf die Dauer möglich ist, es also typisch für wechselseitig beteiligte Unternehmen ist. Eine andere Frage ist, ob man nicht (ähnlich wie man mehr und mehr die Nichtigkeit von Stimmrechtsvereinbarungen annimmt) darüberhinaus bei notwendiger gegenseitiger Verständigung, die ja zu einem ähnlichen Erfolg führt, § 114 VI entsprechend anwendet, vgl. darüber unten S. 109 ff.

300) aaO Anm. 4 zu § 15.

zu fassen suchten, daß beide Gesellschaften sich gegenseitig in Schach halten können.

Das RG sprach in der Iduna-Entscheidung auch in einem ganz anderen Sinn als Hefermehl von einem "Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses". Es erklärte nicht, daß beide Gesellschaften jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft "ausschließen" können und zwar wie Hefermehl es als Voraussetzung für eine Kompensation verlangt, durch Einsatz ihrer eigenen Stimmenmacht. Es hielt vielmehr gerade deshalb jedes Hörigkeitsverhältnis für ausgeschlossen, weil "eben keine der beiden Gesellschaften der anderen ihren Willen a u f z w i n g e n könnte, sie vielmehr umgekehrt auf eine Verständigung angewiesen wären". Beide Gesellschaften könnten gerade nicht bestimmend aufeinander einwirken, eben nicht erreichen, daß die andere Gesellschaft ihr Stimmrecht in einem bestimmten Sinne ausübt, wie es bei "einseitiger" Abhängigkeit durch die zumindest faktisch gegebenen Einflußmöglichkeiten durchaus erreicht werden kann. Zu diesem Ergebnis kommt zwar, wie im folgenden dargestellt wird, auch Hefermehl; er will aber gerade deswegen "wechselseitige Abhängigkeit" annehmen, während richtig gesehen aus diesem Grund ein Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit als "t a t s ä c h l i c h und der R e c h t s w i r k l i c h k e i t nach" (so RG 149, 308) nicht möglich angesehen werden muß.

Es soll noch einmal auf Hefermehl's Ausführungen zurückgegangen werden. Nachdem er seine These von der Kompensation aufgestellt hat - Unabhängigkeit im Sinne von § 15 II dann, wenn beide Gesellschaften mit Hilfe ihrer Beteiligungen jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen könnten - legt er dar, daß

- a) eine unmittelbare Beeinflussung der Geschäftsführung des Vorstands über die HV nicht möglich sei und
- b) eine mittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung des Vorstands über den Aufsichtsrat - da diesem keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden könnten - nur insoweit zu erzielen sei, als es mit einer beherrschenden Beteiligung möglich sei, den Aufsichtsrat mit Personen zu besetzen, die willensmäßig dem stimmenden Unternehmen unterworfen sind und die dann ihrerseits zu Vorstandsmitgliedern Personen bestellen, die unter dem Einfluß des herrschenden Unternehmens stehen.

Hefermehl wies damit zurecht, wie oben ³⁰¹ ausgeführt wurde, darauf

301) S. 89/90 .

hin, daß die Konzernmacht keine Rechtsmacht ist. Die durch die Beteiligung vermittelte faktische Einflußmöglichkeit kann jedoch so weit gehen, daß der Vorstand der herrschenden den Vorstand der abhängigen wie ihren Angestellten betrachtet und ihm unmittelbar Weisungen erteilt "unter Ignorierung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung" 302.

Zu der unter b) festgestellten Einflußmöglichkeit meinte nun Hefermehl im Hinblick auf seine These von der Kompensation:

"Diese Möglichkeit berechtigt jedoch nicht zu der Folgerung, daß die beiden wechselseitig verflochtenen Aktiengesellschaften mittelbar doch einen Einfluß auf die Ausübung des Stimmrechts durch den Vorstand erreichen und damit die herrschende Einflußnahme ausschließen könnten".

Wenn, wie es hier gegen Hefermehl vertreten wurde, gerade in diesem Fall "wechselseitige Abhängigkeit" vorliegen würde und von einer Kompensation gerade nicht gesprochen werden dürfte, müßten seine, der eben zitierten Feststellung folgenden Ausführungen, die die Unmöglichkeit einer "Kompensation" und das Bestehen eines zweiseitigen Abhängigkeitsverhältnisses beweisen sollen, ent sprechend der hier vertretenen Ansicht - so merkwürdig es klingen mag - eigentlich diese erhärten und deutlich machen, daß "wechselseitige Abhängigkeit" auch aus den Gründen unmöglich ist, aus denen nach Hefermehl's unrichtiger These eine "Kompensation" unmöglich sein soll.

Sind z.B. A und B zu je 95 % aneinander beteiligt, so müßte, schreibt Hefermehl, "sollte auf diesem Wege (Anm. des Verfassers: Weg b)) ein Ausschluß der Abhängigkeit erfolgen", die A in der HV der B einen ihr genehmen Aufsichtsrat bestellen, der seinerseits einen der A hörigen Vorstand bestellt. Bevor dieser neue Vorstand der B bestellt wäre, müßte die B in der HV der A dasselbe erreichen, also durch den von ihr gewählten Aufsichtsrat der A bei dieser einen Vorstand bestellen lassen, der den Willen der B verwirklichte. Wären in diesem Fall, diese Frage drängt sich hier wieder auf, nicht beide Gesellschaften voneinander abhängig und könnten nicht beide bestimmend über die andere Gesellschaft auf ihre eigene HV einwirken? Wären also nicht beide in dem Sinne herrschend, wie es der Tatbestand des § 114 VI voraussetzt, obwohl diese Bestimmung die faktische Abhängigkeit als solche nicht zu beseitigen in der Lage ist, es auch nicht beabsichtigt, wohl aber verhindern will, daß über eine andere (abhängige) Gesellschaft eine herrschende bestimmenden Einfluß auf ihre eigene HV gewinnen kann?

Hefermehl schreibt jedoch:

"Dann könnte die A, da sie einen der B hörigen Vorstand hat, die aufgrund der Beteiligung bei B mögliche herrschende Einflußnahme scheinbar nicht mehr ausüben; umgekehrt ergebe sich dasselbe für die B, die einen der A hörigen Vorstand hat. Beide Vorstände wären dann jeder von dem anderen abhängig; sie müßten dann, wie das Iduna-Urteil sagt, sich verständigen". (Unterstreichung vom Verfasser)

Hier erkennt Hefermehl nun wohl auch an, daß beide Gesellschaften gerade in dem Fall, in dem sie beide jeweils bei der anderen Gesellschaft einen ihnen selbst hörigen Vorstand zu bestellen in der Lage wären, voneinander "abhängig" wären und damit doch auch gleichzeitig "herrschend", was, wie seine folgenden Ausführungen noch zeigen werden, Hefermehl auch zugibt. Aber verständigen müssen sie sich doch nicht deswegen, sondern weil es im Gegenteil gerade nicht möglich ist, sich wechselseitig willensbeherrschend zu beeinflussen ³⁰³.

Hefermehl fährt im Anschluß an die oben zitierte Stelle fort:

"Auch bei Zugrundelegung dieses Gedankengangs ist es aber sehr fraglich, ob durch die Neubesetzung der Vorstände beider Gesellschaften tatsächlich die zweiseitige Abhängigkeit ausgeschlossen wird".

Eben sprach Hefermehl noch davon, daß beide Gesellschaften dann jede von der anderen abhängig wären und sie sich deswegen verständigen müßten. Es ist nicht ganz klar, ob er daran festhält, daß beide Gesellschaften sich gerade bei wechselseitiger Abhängigkeit verständigen müssen, diese Verständigung also erst die wechselseitige Abhängigkeit ausschließe.

Diese Überlegung dürfte auch seiner These widersprechen, daß die Kompensation nur dann erreicht werden könne, wenn beide mit Hilfe ihrer Beteiligung jeweils den bestimmenden Einfluß der anderen Gesellschaft auszuschließen in der Lage wären. Eher will Hefermehl Zweifel dahingehend andeuten, ob überhaupt, auch bei Vorliegen der von ihm diesbezüglich aufgestellten Voraussetzungen ein Ausschluß wechselseitiger Abhängigkeit möglich sei. Er schreibt weiter ³⁰⁴:

"Denn von der durch die Beteiligung gegebenen Möglichkeit, die andere Gesellschaft zu beherrschen, wird der Vorstand nur dann keinen Gebrauch machen, wenn er dem Willen der anderen gemäß handeln muß. Gerade weil er aufgrund der herrschenden Einflußnahme durch die andere Gesellschaft zum Vorstand bestellt worden und persönlich an deren Willen gebunden ist, würde er seinerseits nicht gegen den Willen der anderen Gesellschaft handeln",

303) Vgl. dazu das in Anm. 299 Gesagte.

304) aaO S. 306/307. Die folgenden Zitate und Hinweise aaO S. 307.

- was nach Hefermehl's These von der Kompensation eigentlich bedeuten würde, daß es jeder Gesellschaft gelungen wäre, den beherrschenden Einfluß der anderen auszuschließen und ihre Unabhängigkeit zur Folge haben sollte -

"so daß also hierin die Beherrschung einer Gesellschaft durch die andere zum Ausdruck käme. Umgekehrt müßte es, da sonst diese Gesellschaft von der anderen abhängig wäre, genauso liegen. Daran zeigt sich aber, daß die Rechnung, wonach auf dem Umweg über die Wahl zum Aufsichtsrat und die Bestellung eines neuen Vorstandes die Abhängigkeit entfallen soll, nicht aufgeht" (Unterstreichungen vom Verfasser).

Zunächst gibt Hefermehl hier seinen Gedanken auf, daß bei beiderseitiger Abhängigkeit beide Unternehmen sich verständigen müßten ^{304 b}. Im übrigen widerspricht er sich. Denn würden beide Vorstände nicht gegen den Willen der anderen Gesellschaft abstimmen, wären eigentlich nach Hefermehl's These die Voraussetzungen für eine Kompensation gegeben, beide Gesellschaften hätten die beherrschende Einflußnahme der anderen "scheinbar" ausgeschlossen. Wenn Hefermehl nun zutreffend meint, daß hierin "die Beherrschung einer Gesellschaft durch die andere zum Ausdruck käme" folgt er im Grunde der hier gegen die Richtigkeit seiner These von der Kompensation vorgetragenen Auffassung, die den eben behandelten Fall als den einzig denkbaren Fall wechselseitiger Abhängigkeit ansieht. "Daran" - so ist Hefermehl wohl zu verstehen - daß nun wechselseitig bei einander hörigen Vorständen ein Beherrschungsmoment zum Ausdruck komme, soll sich zeigen, daß die Rechnung, wonach auf dem Umweg über die Wahl zum Aufsichtsrat und die Bestellung eines neuen Vorstandes die Abhängigkeit entfallen soll, nicht aufgehe. Das heißt doch wohl nichts anderes, als daß Gesellschaften, die "beide mit Hilfe ihrer Beteiligungen die beherrschende Beteiligung einer anderen Gesellschaft ausschließen könnten" deswegen noch keineswegs "unabhängig" im Sinne des § 15 II wären, Hefermehl also Zweifel an einer Kompensation überhaupt, d.h. auch an seiner These, äußert, ohne jedoch zuzugeben, daß dieser Fall - der nach seinen folgenden Ausführungen praktisch kaum eintreten könnte - der einzige denkbare Fall gleichzeitigen Herrschens und Abhängigseins, d.h. wechselseitiger Abhängigkeit wäre, da, um noch einmal auf das Beispiel zurückzukommen, der Vorstand der A von B abhängig, der Vorstand der B von A abhängig wäre, beide also gleichzeitig gegenüber ein und derselben anderen Gesellschaft herrschend und abhängig sein würden.

Das ist nun aber praktisch, d.h. t a t s ä c h l i c h nicht möglich, wie Hefermehl sehr zutreffend im folgenden ausführt -

304 b) Vgl. oben S. 96.

wenn auch immer noch mit der Absicht, damit die Unmöglichkeit einer "Kompensation" aufzuzeigen.

"Gegen die Annahme, daß ein Hörigkeitsverhältnis infolge wechselseitigen gleich hohen Aktienbesitzes ausgeschlossen sei, spricht aber weiter (Unterstreichung vom Verfasser), daß der eben behandelte Fall der mittelbaren Einwirkung über den Aufsichtsrat praktisch kaum eintreten kann. Er setzt nämlich außerdem voraus, daß die Hauptversammlungen beider Gesellschaften am gleichen Tage oder zumindest im Abstand von wenigen Tagen stattfinden".

Fände, führt Hefermehl aus, beispielsweise die HV von B im Juni, die von A im Juli statt, so könnte es nicht mehr dazu kommen, daß zu Vorständen bei A und B Personen bestellt würden, die jeweils von der anderen Gesellschaft willensabhängig wären. Denn die A würde es in der im Juni stattfindenden HV der B mit ihrer Beteiligung von 95 % erzwingen können, daß in den Aufsichtsrat der B nur von ihr abhängige Personen gewählt würden, die den alten Vorstand abberufen und einen neuen Vorstand bestellen, dessen Mitglieder willensmäßig an A gebunden sind. In diesem Fall käme es - wie Hefermehl zurecht meint - wohl nicht mehr dazu, daß dieser neue, von A abhängige Vorstand der B in der HV der A gegen deren Willen abstimmt, er wird also einen der A, d.h. ihrem Vorstand, genehmen Aufsichtsrat bei A wählen, der den bisherigen Vorstand der A bestätigen wird.

"Es zeigt sich vielmehr, daß eine der beiden Aktiengesellschaften, nämlich diejenige, die zuerst (Unterstreichung vom Verfasser) von ihrer Herrschaftsmöglichkeit Gebrauch macht, die andere unterwirft und deren Einfluß ausschaltet, ihren Einfluß aber durch die für sie günstige Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat noch verstärkt".

Das soll aber doch wohl nicht heißen, daß ein "wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis" auch nach Hefermehl's Meinung ausgeschlossen sei zugunsten einer stets bestehenden einseitigen Beherrschung durch das Unternehmen, das "zuerst" von seiner Beherrschungsmöglichkeit Gebrauch macht - denn Hefermehl will ja gerade zu dem Ergebnis kommen, daß grundsätzlich ein "zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis" zwischen wechselseitig beteiligten Gesellschaften besteht, sofern isoliert betrachtet jede Beteiligung zur Beherrschung ausreichen würde. Hefermehl will aber damit sagen:

"Zu einem Ausschluß jeglichen Abhängigkeitsverhältnisses kann es somit überhaupt nicht kommen, jedenfalls nicht nach geltendem Recht". Faßt man Hefermehl's Ausführungen zusammen, so kommt er zu folgenden Ergebnissen:

1. Ein wechselseitiger Ausschluß eines Hörigkeitsverhältnisses setze voraus, daß beide Gesellschaften den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen könnten, was nur

dadurch zu erreichen wäre, daß über die Hauptversammlungen beider Gesellschaften die beiden Vorstände mit Personen besetzt würden, die jeweils der anderen Gesellschaft hörig wären.

Darin käme aber wieder ein Beherrschungsmoment zum Ausdruck, das Hefermehl zu Zweifeln Anlaß gibt, ob eine "Kompensation" überhaupt - auch bei Vorliegen der von ihm dafür aufgestellten Voraussetzungen - erzielt werden könne.

2. wechselseitig hörige Vorstände könnten nur dann geschaffen werden, wenn die Hauptversammlungen beider Gesellschaften am gleichen Tag oder zumindest im Abstand von wenigen Tagen stattfänden.

3. Da das praktisch nie der Fall sein könnte, würde vielmehr die Gesellschaft, die von ihrer Herrschaftsmöglichkeit zuerst Gebrauch mache, die andere unterwerfen. Es würde also zu einem einseitigen Abhängigkeitsverhältnis kommen.

Mit diesen Überlegungen will Hefermehl zu dem grundsätzlichen Schluß kommen, daß zwischen Unternehmen mit gleich oder annähernd gleich hohem Aktienbesitz, deren jeder für sich betrachtet die Beherrschung des anderen Unternehmens gestatten würde, grundsätzlich ein z w e i s e i t i g e s Abhängigkeitsverhältnis besteht, mit der Folge, daß etwa § 114 VI AktG für beide Gesellschaften anwendbar sei.

Es soll zunächst einmal außeracht gelassen werden, daß Hefermehl in dem Falle "wechselseitig höriger" Vorstände zu Recht ein wechselseitiges Beherrschungsmoment erkennt, den Fall aber praktisch für unmöglich hält, da er voraussetze, daß die HV beider Gesellschaften im Abstand weniger Tage stattfinden müßten - und daß dieser Fall der einzig wirklich denkbare Fall "wechselseitiger Abhängigkeit" wäre, der aber nicht nur im Sinne Hefermehl's praktisch kaum zu erreichen wäre, sondern sich auch - selbst wenn es durch gleichzeitig stattfindende HVen dazu kommen könnte - t a t s ä c h l i c h gar nicht als "wechselseitige Abhängigkeit" darstellen würde, da es eine solche nicht geben kann, weil es tatsächlich nicht möglich ist, gegenüber ein und derselben Gesellschaft herrschend und abhängig zu sein. Läßt man all diese Gesichtspunkte einmal außeracht, so ergibt sich doch die Frage, wie Hefermehl sich das "grundsätzlich" bestehende "zweiseitige Abhängigkeitsverhältnis" eigentlich vorstellt. Hefermehl unterläßt es, das Gegenseitigkeitsverhältnis zweier in seinem Sinne wechselseitig abhängiger Gesellschaften zu umschreiben. Beide könnten, geht man von seiner These der Kompensation und davon aus, daß diese in seinem Sinne nicht erzielt werden könne, wechselseitig den "be-

herrschenden" Einfluß nicht ausschließen. Da sie auf die Stimmrechtsausübung der anderen Gesellschaft keinen Einfluß zu nehmen in der Lage wären, könnten sie doch wohl auch auf die Geschäftsführung der anderen Gesellschaft allgemein keinen Einfluß nehmen³⁰⁵. Wie sich die wechselseitige Beherrschung äußern soll, ist nicht zu erkennen. Beide Vorstände wären aus diesem Grund auch nicht voneinander abhängig, nicht einander hörig. Von wechselseitiger "Abhängigkeit" zu sprechen, müßte sich doch dann eigentlich verbieten. Im übrigen würde sich die Anwendung von § 114 VI AktG nicht rechtfertigen, da mit dieser Bestimmung vom Gesetzgeber doch verhindert werden soll, daß über eine andere Gesellschaft, auf deren Stimmrechtsausübung eine andere, die herrschende, Einfluß nehmen kann, auf die HV der herrschenden durch diese bestimmend eingewirkt wird. Bestimmenden Einfluß auf die Stimmrechtsausübung der anderen Gesellschaft soll aber doch nach Hefermehl keine der beiden Gesellschaften (oder allenfalls eine) nehmen können.

Es bleibt also Hefermehl's Feststellung, daß eines der beiden Unternehmen, nämlich das, welches zuerst von seiner Herrschaftsmöglichkeit Gebrauch mache, das andere unterwerfen werde. Wie Boesebeck zutreffend ausführte³⁰⁶, würde, "wenn sich die Dinge in der Praxis wirklich so abspielten", sich daraus kein zweiseitiges Abhängigkeitsverhältnis ergeben, sondern vielmehr einseitige Abhängigkeit des Unternehmens, das von seiner Beherrschungsmöglichkeit keinen Gebrauch mehr machen könne. Dieser Fall würde aber auf eine "personelle" Abhängigkeit einer der beiden Gesellschaften trotz wechselseitig gleich hoher Beteiligungen hinauslaufen, wobei vergleichsweise an den Parallelfall zu denken wäre, daß eine der beiden Gesellschaften durch beherrschenden Einfluß die andere dazu bestimmt hätte, Aktien der herrschenden bis zur Parität zu erwerben. Unter solchen Umständen könnte dann an ein Fortbestehen einseitiger Abhängigkeit gedacht werden. Dieser Fall hat aber mit der Problematik der "wechselseitigen Abhängigkeit" nichts zu tun.

Darüber hinaus meint Boesebeck³⁰⁷ zu Recht, daß die Dinge in der Praxis anders zu laufen pflegen. Wechselseitig mit etwa gleich hohem,

305) Winter aaO S. 61 meint entgegen der hM, daß es nicht nötig sei, daß der beherrschende Einfluß "sich auf alle wesentlichen Fragen der Geschäftsführung" beziehen müsse, vgl. dazu unten S.106 ff, 108. Aber auf die Stimmrechtsausübung muß er sich nach Winter aaO auf alle Fälle beziehen und schon das ist, allerdings gegen Hefermehl und Winter, nicht möglich.

306) aaO ("Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften, Entgegnung auf die Ausführungen von Hefermehl "Betrieb" 1955 S. 304") DB 1955, S. 401 ff, hier S. 403.

307) aaO.

für sich allein betrachtet jeweils beherrschenden Einfluß vermittelnden Beteiligungen verflochtene Gesellschaften "werden keinen Wettlauf bezüglich der Abhaltung der HV der anderen Gesellschaft veranstalten" ³⁰⁸, sondern sich in jedem Fall verständigen, wie wenn die Hauptversammlungen gleichzeitig stattfänden". Damit will Boesebeck sicher nicht sagen, daß beide Gesellschaften versuchen werden, auf die Zusammensetzung des Vorstands der jeweils anderen Gesellschaft bestimmend Einfluß zu nehmen, sondern nur darauf hinweisen, daß ein solcher Wettlauf bei sich verständigenden Vorständen nicht veranstaltet werden wird, daß also der Umstand der zeitlich auseinanderfallenden HVen für das Gegenseitigkeitsverhalten wechselseitig beteiligter Unternehmen nicht entscheidend ist. Selbst wenn es zu einem solchen Wettlauf kommen würde, würde das, wenn beide Vorstände mit von der anderen Gesellschaft abhängigen Personen besetzt würden, nicht zur "wechselseitigen Abhängigkeit" führen können und wenn nur eine Gesellschaft dieses Ziel erreichen würde, allenfalls zu einseitiger Abhängigkeit führen. Im übrigen ist der rechtspolitische Ansatzpunkt zur Kritik wechselseitiger Verflechtungen gerade der Umstand der gegenseitigen Verständigung und die dadurch bedingte Möglichkeit mittelbar die HVen beider Gesellschaften zu beherrschen, wie Boesebeck ³⁰⁹ in seiner Kritik an Hefermehl schon zutreffend ausführte. Zu diesem bestimmenden Einfluß auf die HVen beider Gesellschaften kommt es aber nicht durch "wechselseitige Abhängigkeit", sondern durch ein koordiniertes einiges Vorgehen beider Gesellschaften, das vom RG in seiner Iduna-Entscheidung als "gegenseitige Verständigung" beschrieben wurde ³¹⁰.

308) So auch Winter aaO S. 61. Er meint aber, Boesebeck mißverstehe in dieser Hinsicht Hefermehl; denn der "Abhängigkeitsbegriff erfordert ... auch gar nicht, daß von der Macht Gebrauch gemacht wird". Sie wirke durch ihr bloßes Vorhandensein und daß dies auch für die gegenseitige Abhängigkeit gelte, sei "nicht zu bezweifeln". Daß Boesebeck Hefermehl wohl nicht mißversteht, ergibt sich schon aus seinen folgenden Worten, auf die Winter nicht eingeht. Winter scheint auch übersehen zu haben, daß Hefermehl gerade im Fall eines solchen "Wettlaufs" Kompensation annehmen wollte, wenn er auch seine These teilweise wieder aufgab. Im übrigen würde auch keine "gegenseitige Abhängigkeit" gegeben sein, - wie Winter wohl Hefermehl versteht - wenn beide Unternehmen von ihrer Macht Gebrauch machen würden.

309) aaO S. 403.

310) Das sieht auch Winter aaO S. 61, wenn er auch unzutreffend dieses Gegenseitigkeitsverhalten, bei dem jede Gesellschaft "mit der anderen so verfährt, wie sie es umgekehrt von dieser ihr gegenüber erwartet", als "gegenseitige Abhängigkeit" bezeichnet; vgl. dazu unten S. 106 ff.

Es ist noch auf einen Punkt der Hefermehlschen Darlegungen einzugehen, zu dem im Vorgehenden noch nicht Stellung genommen wurde, da die These Hefermehl's von der Kompensation und ihrer möglichen Verwirklichung zusammenhängend gebracht werden sollte. Hefermehl³¹¹ hatte, ausgehend von der Frage, ob die beiden Gesellschaften jeweils den beherrschenden Einfluß der anderen Gesellschaft ausschließen könnten, untersucht, inwieweit dieser Ausschluß, der nach seiner These bestimmende Einflußnahme auf die Stimmrechtsausübung der anderen Gesellschaft voraussetzte, durch

a) unmittelbare Beeinflussung der Geschäftsführung des anderen Vorstands,

b) durch mittelbare Einwirkung auf die Geschäftsführung des Vorstands über den Aufsichtsrat

erzielt werden könnte. Nach geltendem Recht bestände nur die unter b) aufgeführte Möglichkeit und auch die nur durch Neubesetzung der Vorstände. Die Schaffung von wechselseitig hörigen Vorständen, die ihr Stimmrecht nach dem Willen der anderen Gesellschaft ausüben würden, sei praktisch unmöglich, es komme überdies darin ein Beherrschungsmoment wechselseitiger Art zum Ausdruck (womit Hefermehl eigentlich seine These von der Kompensation aufgibt).

Eine unmittelbare Beeinflussung der Geschäftsführung über die HV, führte Hefermehl aus, sei nach geltendem Recht ausgeschlossen, die Rechtslage sei daher heute eine andere als die nach dem früheren Recht des HGB, die die Grundlage der Iduna-Entscheidung gebildet habe. Eine Berufung auf diese Entscheidung sei somit, meint Hefermehl³¹², nicht mehr möglich, sie sei durch das Aktiengesetz überholt und könne keine Geltung mehr beanspruchen. Im übrigen handle es sich nur um beiläufige Bemerkungen. Das RG habe diese Frage nicht zu entscheiden brauchen und auch nicht entschieden, da nach dem damaligen Recht eine abhängige Gesellschaft aus Aktien der herrschenden habe abstimmen dürfen.

Was zunächst diesen zweiten Einwand betrifft, so kann es letztlich dahingestellt bleiben, ob man die Bemerkungen des RG als nur beiläufig getroffen ansprechen will. Das RG unterstellte in seinem Urteil, daß ein Beziehungsverhältnis der zu entscheidenden Art unter den Begriff der "abhängigen Gesellschaft" fällt, führte jedoch aus, zu welcher Frage es keine Stellung nehmen wollte. Was das HG nun bewogen hat, seine Ausführungen zur Frage der "wechselseitigen Abhängigkeit" - zu der es keine Stellung nehmen wollte - so zu formulieren, daß angenommen werden muß, es hätte eine wechselseitige

311) aaO S. 305/306.

312) aaO S. 306.

Abhängigkeit wohl verneint, wenn es zu der Frage Stellung nehmen hätte müssen, muß letztlich offen bleiben. Die Annahme, die Boesebeck ³¹³ ausspricht, die Bemerkungen des RG zeigten "welchen Wert es darauf legte, in dieser grundsätzlichen Frage keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen" hat eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich. Für die rechtliche Auseinandersetzung mit der aus diesen Bemerkungen hervorgehenden Meinung des RG zur Frage der wechselseitigen Abhängigkeit ist die Entscheidung darüber, aus welchen Gründen sie ausgesprochen wurden und ob dieser Ausspruch im Grunde unnötig war, belanglos.

Gegen den zweiten Einwand, daß die Iduna-Entscheidung als durch das Aktiengesetz überholt angesehen werden müsse, ist folgendes vorzubringen: gewiß konnte nach dem Aktienrecht des HGB die "souveräne HV dem Vorstand Weisung erteilen, wie er das Stimmrecht aus den im Besitz seiner Gesellschaft befindlichen Aktien auszuüben hatte" (Boesebeck ³¹⁴). Die interne Konzernmacht im Abhängigkeitsverhältnis war also insoweit eine Rechtsmacht. Es bestand im Gegensatz zur heutigen Rechtslage eine gesellschaftsrechtliche Bindung der Untergesellschaft. Tatsächlich konnte damit jedoch keine stärkere Abhängigkeit einer Untergesellschaft erzielt werden als heute unter der Herrschaft des Aktiengesetzes, das zwar die gesellschaftsrechtliche Bindung der Untergesellschaft weitgehend ausgeschlossen hat, aber nicht verhindern konnte (und wollte), daß die durch die Beteiligung ermöglichte faktische Einflußmöglichkeit ein faktisches Machtverhältnis zuläßt, das sich in seiner praktischen Bedeutung kaum von dem unter der Geltung des HGB möglichen - durch rechtliche Bindung erzielten - Machtverhältnis zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft unterscheidet ³¹⁵. Im Sinne der These Hefermehl's könnten beide Gesellschaften, abgesehen von der damals ebenfalls bestehenden Möglichkeit, über die Bestellung des Vorstands auf die Geschäftsführung der anderen Gesellschaft einzuwirken, einen Ausschluß der Abhängigkeit nur erreichen, wenn sie in den HVen dem Vorstand der anderen Gesellschaft

313) aaO S. 401.

314) aaO S. 403.

315) Ebenso Boesebeck aaO S. 403. Er weist darauf hin, daß der Aufsichtsrat nach § 95 V auch die Möglichkeit hat, die Vornahme bestimmter Geschäfte, zu denen Boesebeck auch die Abstimmung aus wichtigen Beteiligungen zählt, von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Abstimmung aus Beteiligungen ein Geschäft besonderer Bedeutung (Voraussetzung für § 95 V, vgl. Baumbach-Hueck, aaO Anm. 7 B zu § 95) ist. Im übrigen könnte der Aufsichtsrat auf diesem Wege rechtlich über die Versagung der Zustimmung nur die Ausübung des Stimmrechts untersagen, nicht aber ihre positive Vornahme erzwingen. Es bliebe also doch bei der faktischen Konzernmacht.

die Weisung erteilten, ihr Stimmrecht nicht gegen den Willen der Gesellschaft auszuüben, in deren HV sie abstimmen werden. Die wechselseitigen Weisungen könnten aber wohl auch bei gleichzeitig stattfindenden HVen nur für die zukünftigen HVen praktisch wirksam werden. Hefermehl müßte - fänden die HVen, wenn auch am gleichen Tag, aber nicht zur gleichen Stunde statt - wieder davon ausgehen, daß nur eine Gesellschaft von ihrer Beherrschungsmöglichkeit Gebrauch machen könnte - mit der Folge einseitiger Abhängigkeit -, geht man davon aus, daß beide Gesellschaften selbständig vorgehen, ohne sich gegenseitig zu verständigen. Im Sinne der These Hefermehl's erscheint es also nach dem Recht des HGB praktisch überhaupt nicht möglich, einen Ausschluß der "wechselseitigen Abhängigkeit" zu erreichen. Nach der hier vertretenen Auffassung - die gerade dann, wenn beide Gesellschaften wechselseitig bestimmen den Einfluß auf die Stimmrechtsausübung durch die andere Gesellschaft ausüben könnten, "wechselseitige Beherrschung und Abhängigkeit" annehmen würde - zeigt die Prüfung der Frage nach der Möglichkeit wechselseitiger Abhängigkeit nach dem Recht des HGB noch sehr viel deutlicher, daß diese nicht nur praktisch mit den nach dem Recht des HGB zulässigen, aus einer Beteiligung fließenden Herrschaftsmitteln nicht geschaffen werden könnte, sondern daß es diese tatsächlich gar nicht geben kann. Man versuche es sich vorzustellen: beide Vorstände sind einander hörig; jede Gesellschaft beherrscht auch die andere, könnte ihr also in der HV Weisungen bezüglich der Stimmrechtsausübung erteilen; da sie aber gleichzeitig von dieser Gesellschaft abhängig wäre, könnte sie diese Weisungen nicht gegen den Willen der Gesellschaft geben, denen sie sie erteilen will. Boesebeck ³¹⁶ meint zu dieser Ansicht Hefermehl's (die Iduna-Entscheidung sei überholt), man müsse, um den damaligen Rechtszustand mit dem heutigen vergleichen zu können, unterstellen, daß auch damals mit den im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien einer herrschenden Gesellschaft in deren HV nicht abgestimmt werden hätte dürfen - im Gegensatz zu der damals bestehenden Rechtslage. Denn auf diesen hypothetisch angenommenen Fall bezögen sich die zusätzlichen Ausführungen des RG. Nach der Iduna-Entscheidung - die die Annahme nahelegt, das RG würde eine "wechselseitige Abhängigkeit" verneint haben - hätten beide Gesellschaften in der HV der anderen abstimmen können. Kooperierende Vorstände hätten, führt Boesebeck zutreffend aus, nicht nur tun können, was sie wollten, sondern darüber hinaus HV-Beschlüsse herbeiführen können und sich

auf die entlastende Weisung ihrer eigenen HV berufen können. Wenn heute dem Vorstand weder durch den Aufsichtsrat, noch durch die HV Weisungen erteilt werden könnten, die HV auch zu Fragen der Geschäftsführung nur dann Stellung nehmen könne, wenn der Vorstand es wünsche (§ 103 II AktG), der HV also Rechte genommen und dem Vorstand übertragen worden seien, so könnte, meint Boesebeck, die Beeinträchtigung, die die Aktionäre (er meint wohl die "freien") durch das wechselseitige Stimmrecht erführen, nur geringer und nicht größer geworden sein. Das mag stimmen, betrifft jedoch nur die rechtspolitischen Bedenken, die gegen die Zulassung des wechselseitigen Stimmrechts erhoben werden können, ist dagegen ohne Bedeutung für die Frage, ob es "wechselseitige Abhängigkeit" tatsächlich gibt, ob also ein Beziehungsverhältnis zwischen wechselseitig beteiligter Gesellschaften (zwischen denen keine einseitige Abhängigkeit besteht) unter den Begriff der abhängigen Gesellschaft fällt. Soweit also Boesebeck im Anschluß an seine obigen Feststellungen meint:

"Wenn also die in der Iduna-Entscheidung vertretene Auffassung nach damaligem Aktienrecht (immer hypothetisch ergänzt durch § 114 VI AktG) richtig war, möchte ich umgekehrt annehmen, daß das heute erst recht der Fall sein sollte",

so ist das nur insoweit richtig, als § 114 VI AktG (bzw. der für das Recht des HGB hypothetisch angenommene Stimmrechtsausschluß einer abhängigen Gesellschaft) nur den bestimmenden Einfluß einer Gesellschaft auf die eigene HV über das Stimmrecht einer abhängigen Gesellschaft ausschließen soll, nicht dagegen, seinem Wortlaut nach, verhindern will, daß über das einer koordinierten (kooperierenden) Gesellschaft zustehende Stimmrecht mittelbar ein Einfluß auf die eigene HV genommen wird, wie es sich verständigende Vorstände zweier wechselseitig beteiligter Gesellschaften vermögen. Diese Feststellung - in Verbindung mit der vielleicht heute geringeren Beeinträchtigung der freien Aktionäre durch das wechselseitige Stimmrecht - hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob das Problem der "wechselseitigen Abhängigkeit" nach heutigem Recht anders zu beurteilen ist als nach dem Recht des HGB.

Rasch ³¹⁷ übernahm in der zweiten Auflage seines "Konzernrechts" Ergebnis und Auffassung von Hefermehl ohne eigene Begründung; er betont ebenso wie Hefermehl, daß die Bemerkungen des RG in seiner Iduna-Entscheidung nur beiläufig getroffen worden seien und unter

317) aaO (2. Aufl., 1955) S. 49. Vgl. seine Ausführungen in der ersten Auflage, die er auch in der zweiten bringt, oben S. 77/78.

der Herrschaft des Aktiengesetzes von 1937 keine Geltung mehr beanspruchen könnten. Es kann insoweit auf das zu Hefermehl Gesagte verwiesen werden.

5) "Gegenseitige Abhängigkeit" bei gegenseitiger Verständigung (Winter)?

Die Möglichkeit "gegenseitiger Abhängigkeit" bejaht auch Winter³¹⁸. Die These, daß keine der beiden wechselseitig beteiligten Gesellschaften der anderen ihren Willen aufzwingen könne, beide vielmehr auf Verständigung angewiesen seien, hieße nach Winter "das Gesetz der Physik, daß sich gleich starke entgegengewirkende Kräfte gegeneinander aufheben" auf diesen Fall anwenden, was nicht angängig sei³¹⁹. Dieses Argument besagt aber nichts anderes, als daß es hier um Fragen der juristischen Logik geht. Es geht um die Frage, ob es sich bei Unternehmen, die wechselseitig aneinander beteiligt sind, um eine Subordinationsverhältnis handelt, also einen unter § 15 II zu subsumierenden Tatbestand oder um ein Koordinationsverhältnis, auf das die für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen zumindest nicht unmittelbar anzuwenden sind³²⁰. Die These von der Kompensation, die terminologisch vielleicht angreifbar ist, erklärt sich in dieser Frage für das Vorliegen eines Koordinationsverhältnisses. Warum sie sich deshalb als unzulässige Übertragung physikalischer Gesetze auf das Gesellschaftsrecht darstellen soll, ist nicht einzusehen.

Im übrigen folgt Winter der Darlegung Hefermehl's, daß es jeder Gesellschaft schon deshalb möglich sein müsse, der anderen mittels ihres deren HV beherrschenden Aktienbesitzes ihren Willen aufzuzwingen, ohne daß diese etwas dagegen unternehmen könne, weil ihre Verteidigung in der späteren HV jener Gesellschaft zu spät käme. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Hefermehl verwiesen werden³²¹. Den Einwand Boesebeck's³²², daß es zu einem derartigen Machtkampf im allgemeinen nicht kommen werde, also keine Gesellschaft versuchen werde, ihren Willen auf diese Weise durchzusetzen, hält Winter zwar für richtig, jedoch für unbeachtlich³²³. Der Abhängigkeitsbegriff erfordere gar nicht, daß von der Macht Gebrauch gemacht

318) aaO ("Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften", Köln 1960) S. 60 ff.

319) Winter verweist auf Ruth aaO S. 19 (vgl. oben S. 28).

320) Das erkennt Winter aaO S. 65 ff für andere Gestaltungen wb selbst an, nämlich dann, wenn über die bloße Verständigung über die Stimmrechtsausübung eine weitergehende Koordination gegeben ist; vgl. dazu oben S. 119 ff.

321) Vgl. oben S. 94 ff.

322) aaO S. 403.

323) Vgl. oben S. 101 Fußn. 308.

werde. Entscheidend sei, daß diese Macht durch ihr Vorhandensein wirke. Dies gelte auch für die "gegenseitige Abhängigkeit". Nun ist es allerdings zutreffend, daß für § 15 II die "Möglichkeit" einer beherrschenden Einflußnahme genügt. Gerade diese Möglichkeit besteht aber nicht. So ist es auch kennzeichnend, daß Winter das Gegenseitigkeitsverhalten zweier Unternehmen, zwischen denen WB bestehen, die für sich allein betrachtet, beherrschenden Einfluß gewähren, durchaus richtig umschreibt und nur nicht den Schritt weitergehen will, es als ein Beziehungsverhältnis koordinierter Art anzusehen. Die Vorstände der Gesellschaften müßten, wenn sie keinen Machtkampf wollen (der nach Hefermehl ja zu einseitiger Abhängigkeit führen würde), auch ohne besondere Vereinbarung ³²⁴

"ihre Geschäftspolitik mit Rücksicht auf den beherrschenden Einfluß, den die andere Gesellschaft auszuüben in der Lage ist, so einrichten, daß ihre Gesellschaft mit der anderen so verfährt, wie sie es umgekehrt von dieser ihr gegenüber erwartet. Für die Stimmrechtsausübung läuft das darauf hinaus, daß sie in der Regel im Einklang mit den Verwaltungsvorschlägen oder jedenfalls nicht gegen sie erfolgt. Beide Gesellschaften handeln mithin nicht, als wenn sie unabhängig voneinander wären, sondern ihr Verhalten wird in bestimmten Beziehungen maßgeblich durch die Möglichkeit der beherrschenden Einflußnahme von Seiten der anderen Gesellschaft bestimmt".

Dieses Gegenseitigkeitsverhalten stellt nichts anderes dar, als das Angewiesensein auf gegenseitige Verständigung. Es hat mit Abhängigkeit bzw. auf der anderen Seite mit der Möglichkeit beherrschender Willensbeeinflussung nichts zu tun. Beide Gesellschaften sind zwar, wie Winter richtig sieht, nicht "unabhängig" voneinander. Sie sind aber nicht abhängig im Sinne des § 15 II, sondern unselbständig in dem Sinne, in dem es etwa auch unter einheitlicher Leitung stehende gleichgeordnete Unternehmen sind. Bei gleichgeordneten Konzernunternehmen (§ 15 I) muß sogar die einheitliche Leitung so weit gehen, "daß von einer wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen nicht mehr gesprochen werden kann" (Rasch ³²⁵). Bei notwendiger gegenseitiger Verständigung zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen liegt dagegen Unselbständigkeit zunächst nur hinsichtlich der wechselseitigen Stimmrechtsausübungen vor - soweit eine weitergehende, die gemeinsame Geschäfts-

324) Vgl. oben S. 59 ff., wo auf Winter's Auffassung zu Stimmrechtsvereinbarungen zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen, aaO S. 64/65, eingegangen wurde; Winter sieht, wie es auch Hefermehl andeutungsweise tat (vgl. oben S. 96) die gegenseitige Verständigung auf der anderen Seite als eine die Abhängigkeit unter Umständen ausschließende Vereinbarung an, aaO S. 64, und nicht wie im folgenden Zitat als t y p i s c h e s Gegenseitigkeitsverhalten zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen. Vgl. dazu Fußn. 299 oben auf S. 93.

325) aaO S. 38.

politik betreffende Koordination, die nicht notwendige Folge wB sein muß, nicht besteht. Während es aber dem Wesen einer gleichgeordneten Unternehmensverbindung nicht widerspricht, daß die sie begründende Koordination nur bestimmte Fragen der Geschäftsführung und des Gegenseitigkeitsverhaltens betrifft, man denke nur an Interessengemeinschaftsverträge - wenn allerdings auch die Annahme eines Konzerns nach § 15 I zwischen gleichgeordneten Unternehmen einen höheren Grad an Koordination voraussetzt -, kann ein Subordinationsverhältnis nur angenommen werden, wenn mindestens Abhängigkeit im Sinne des § 15 II gegeben ist, d.h., wenn die Beherrschung (bzw. die Möglichkeit einer Beherrschung) sich auf alle wesentlichen Fragen der Geschäftsführung bezieht³²⁶. Wäre das nicht der Fall, so könnte nicht davon gesprochen werden, daß eine Gesellschaft der anderen ihren Willen aufzuzwingen in der Lage ist. Daß dies wechselseitig in jeder Beziehung möglich sein soll, scheint aber auch Winter nicht annehmen zu wollen; denn er führt aus, daß ein Abhängigkeitsverhältnis auch gegeben sei, wenn der Einfluß sich nicht auf alle wesentlichen Fragen der Geschäftsführung beziehe (und wie fortzufahren wäre, beziehen könne). Diese Annahme widerspricht dem geltenden Abhängigkeitsbegriff, der anders als Winter meint, als ein für alle Vorschriften des AktG inhaltsgleicher verstanden werden muß. Die gegenteilige Auffassung Winter's läßt sich nicht aus § 114 VI entnehmen. Zwar ist es der Zweck dieser Bestimmung, die Mitwirkung der herrschenden Gesellschaft auf ihre eigene HV durch Einflußnahme auf die "Stimmabgabe" einer anderen (nämlich der abhängigen) Gesellschaft auszuschließen. Aber auch eine, wie Winter fordert, die in § 114 VI iVm § 15 II vom Gesetzgeber gewertete Macht- und Interessenlage und damit den "j e - w e i l i g e n Wertungszusammenhang" berücksichtigende teleologische Auslegung, kann nicht umhin, § 114 VI als eine Bestimmung zu verstehen, die eine gerade durch die Beherrschung, die der Gesetzgeber ja nicht untersagt, sondern anerkannt hat, mögliche mißbräuchliche Einwirkung auf die eigene HV über die willensabhängige Untergesellschaft ausschließen will. Wenn auch § 15 II eine Hilfsnorm ist, die das Wesen des Konzerns und des Konzernunternehmens "als Grundlage für die späteren Einzelbestimmungen"³²⁷ festlegt, ihr Sinn sich also erst "aus dem Zusammenhang mit den Rechts-

326) So Schlegelberger-Quassowski, Anm. 13 zu § 15; Baumbach-Hueck, Anm. 3 A zu § 15; Lehmann-Hirsch, Verordnung über Aktienrecht, 2. Aufl., Mannheim 1932, Anm. 23 zu § 226; Toepflitz aaO S. 19; aa Winter aaO S. 61/62, vgl. dazu im folgenden.

327) Amtliche Begründung aaO S. 161.

sätzen ergibt, denen sie zu dienen bestimmt ist" ³²⁸, so kann sich doch wenigstens durch A u s l e g u n g keine andere Zweckbestimmung ergeben, als die, einem "herrschenden" Unternehmen die Einwirkung auf die eigene HV über die "abhängige" Gesellschaft unmöglich zu machen. Und Beherrschung liegt nicht vor, wenn jede Gesellschaft ihr Stimmrecht zwar nicht gegen den Willen der anderen Gesellschaft ausübt, ihrerseits aber auch nicht bestimmend auf den Willen der anderen Gesellschaft einwirken kann.

So bleibt also allenfalls die Möglichkeit, § 114 VI sinngemäß, aber nicht unmittelbar auf wechselseitig beteiligte Unternehmen anzuwenden, wie Winter selbst es dann will, wenn auch für ihn unzweifelhaft ein Koordinationsverhältnis zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen gegeben ist, so bei "wirtschaftlicher Zusammenarbeit der Unternehmen" und bei "Identität der Verwaltungen" ³²⁹ und wie es im Grunde Westmäcker ³³⁰ und Würdinger ³³¹ wollen.

6) Anwendung von § 114 VI auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen mittels einer den "Zweck" dieser Bestimmung berücksichtigenden A u s l e g u n g (Westmäcker) und die Möglichkeit einer a n a l o g e n Anwendung dieser Bestimmung

Westmäcker ³³² will im Ergebnis der Ansicht Hefermehl's beipflichten, "daß das Stimmrecht aus gegenseitigen Beteiligungen ruht". Ausschlaggebend sei indessen nicht die Erwägung Hefermehl's, "daß die HV nach dem Aktiengesetz Vorstand und Aufsichtsrat keine Weisung mehr erteilen könne und sich der Einfluß in den beiden HVen deshalb nicht neutralisiere". Man müsse vielmehr von dem Z w e c k des Gesetzes in § 114 VI ausgehen. Der Gläubigerschutz gegen Einlagenrückgewähr und der Schutz der Aktionäre vor unterschiedlicher Behandlung erklärten zwar das für abhängige Gesellschaften geltende Verbot, Aktien der herrschenden Gesellschaft zu erwerben, das § 65 V ausspreche ³³³. Diese Erwägungen hellten aber nicht das Stimmrechtsverbot des § 114 VI auf ³³⁴. Das Gesetz wolle mit dieser Bestimmung

328) So richtig Winter aaO S. 62.

329) Winter aaO S. 65 ff; vgl. dazu unten S.119 ff.

330) aaO S. 117; vgl. unten S.109ff.

331) aaO S. 215; vgl. unten S.117ff.

332) aaO ("Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre", Karlsruhe 1958) S. 116/117. Ebenso die folgenden Hinweise und Zitate, soweit nicht anders angegeben.

333) Westmäcker bezieht sich hier auf Boesebeck aaO S. 402.

334) aa nach Westmäcker aaO Fußn. 287 Boesebeck aaO. Das wollte aber Boesebeck nicht sagen, vgl. dazu unten S.129 ff.

verhindern, daß die Verwaltung für sich selbst kapitalloses Stimmrecht schaffe und dadurch die den Aktionären in der HV gebührende Entscheidungsbefugnis außer Kraft setze. Dieser Zweck des Gesetzes sei auch bei der "A u s l e g u n g" des Begriffes "abhängige" Gesellschaft in § 114 VI zu berücksichtigen. Da die gegenseitige Beteiligung "zu dem gleichen Einbruch in die innere Zuständigkeit" der AG führe, der durch § 114 VI ausgeschlossen werden sollte, müsse das Stimmrechtsverbot deshalb auch auf solche gegenseitigen Beteiligungen angewendet werden, die jede für sich allein genügten, die andere Gesellschaft zu beherrschen.

Die Erwägung, die Schaffung von kapitallosem Stimmrecht zu verhindern, liegt zunächst schon der Bestimmung des § 51 II zugrunde. Denn wie das Aktiengesetz es einer Aktiengesellschaft nicht gestattet, eigene Aktien zu zeichnen, d.h., aus sich heraus eine Kapitalerhöhung vorzunehmen, gestattet es einer abhängigen Gesellschaft nicht, Aktien der herrschenden zu zeichnen, da damit erreicht würde, daß zwar über eine abhängige Gesellschaft, aber zumindest indirekt (wirtschaftlich gesehen), die Finanzierung der Kapitalerhöhung der herrschenden Gesellschaft mit Mitteln dieser Gesellschaft, d.h. mit "eigenen" Mitteln vorgenommen würde³³⁵. Mestmäcker denkt, was "wB" anbetrifft, an den Fall, daß etwa zwei Gesellschaften sich dadurch aneinander beteiligen, daß sie unter Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts ihr Kapital z.B. um 50 % erhöhen und die so geschaffenen Aktien gegenseitig übernehmen³³⁶. Es würden in diesem Fall, darin ist Mestmäcker zuzustimmen, "reine Kontrollaktien" geschaffen, denen eine wirkliche Kapitalerhöhung nicht gegenübersteht. Beide Gesellschaften besäßen 50 % des Aktienkapitals der anderen Gesellschaft, deren Vermögen aber wiederum zu 50 % aus der Beteiligung an der anderen Gesellschaft bestehen würde. Es ist damit aber

335) Das gilt natürlich nicht, wenn die Abhängigkeit durch andere Mittel als Beteiligungen begründet ist, vgl. dazu Winter aaO S. 33. Gleichwohl bleibt es eine Umgehung des Übernahme- und Erwerbsverbots für eigene Aktien. Ebenso Winter aaO. Es muß aber angenommen werden, daß der Gesetzgeber die bei Beherrschung mittels Beteiligung bei der herrschenden Gesellschaft eintretenden vermögensrechtlichen Folgen verhindern wollte. Ebenso auch Winter aaO S. 37. Eine zum Teil abweichende Auffassung vertritt Boesebeck aaO S. 402. Vgl. dazu unten S. 129 ff.

336) Mestmäcker aaO S. 148/149 hält den Ausschluß des Bezugsrechts für nichtig, vgl. oben S.54, Fußn. 171. Er erwägt aber nicht, ob darüber hinaus nicht auch (wie § 114 VI) die §§ 52 II und 65 V ihrem "Zweck" nach auf die ggs Übernahme und den ggs Erwerb von Aktien durch wechselseitig für sich allein betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen in Frage käme. Vgl. dazu unten S.114. Diese Frage wird jedoch hier mitbehandelt.

nicht nur "kapitalloses Stimmrecht"³³⁷ geschaffen, vergleichbar dem Stimmrecht, das einer abhängigen Gesellschaft aus von ihr gezeichneten Aktien der herrschenden Gesellschaft ohne die Bestimmungen der §§ 51 II und 114 VI zustehen würde, sondern darüberhinaus, auch darin ist Westmäcker zuzustimmen, führt bzw. kann das aus der WB fließende wechselseitige Stimmrecht zu einem "Einbruch in die innere Zuständigkeit der AG" führen, wie es ähnlich auch bei Zulassung des Stimmrechts aus im Besitz einer abhängigen Gesellschaft befindlichen Aktien der herrschenden Gesellschaft der Fall wäre. Aber auch Westmäcker muß zugeben, daß es sich im Falle wechselseitig beteiligter Unternehmen (deren Beteiligungen jede für sich betrachtet zur Beherrschung genügen würden) um einen ganz anders gearteten Tatbestand handelt, als er den Bestimmungen der §§ 51 II, 65 V und 114 VI vom Gesetzgeber zugrunde gelegt wurde. Hierin unterscheidet sich die Ansicht Westmäcker's von der Winter's³³⁸. Er will zur Stimmrechtsbeschränkung noch durch Auslegung gelangen, umschreibt das Beziehungsverhältnis aber eindeutig als Koordinationsverhältnis und versucht gar nicht mehr von der Möglichkeit einer gegenseitigen Beherrschung zu sprechen. Im Grunde will Westmäcker also wohl eine entsprechende Anwendung von § 114 VI³³⁹. Die ggsB dient nach Westmäcker³⁴⁰ dazu - zumindest wenn sie planmäßig geschaffen sei - die Verwaltung der verflochtenen Gesellschaften von der Kontrolle ihrer Aktionäre freizustellen. Die Gesellschaft A sei in der Lage, die Gesellschaft B zu kontrollieren. Das geschehe dadurch, daß die Verwaltung von A als Aktionär in der hV der B das Stimmrecht ausübe, sich selbst oder ihre Vertrauensleute in den Aufsichtsrat wähle und den Aufsichtsrat veranlasse, die Verwaltung von B (in ihrem Sinne) zu bestellen. Die gleiche Möglichkeit habe die Verwaltung der B im Hinblick auf A. Jetzt muß auch Westmäcker die Frage stellen, wie diese "sich scheinbar ausschließenden Einflußmöglichkeiten auszugleichen sind". Seine Antwort zeigt, daß er eine "wechselseitige Abhängigkeit" zumindest im Sinne des § 15 II nicht für möglich hält, wie er ja auch die Lösung der Stimmrechtsfrage durch "Auslegung" des Begriffes "abhängige Gesellschaft" in § 114 VI finden will. Die Lösung der von ihm aufgeworfenen Frage sei einfach,

337) Westmäcker aaO S. 114/115 und 116/117.

338) Jedenfalls soweit dieser Subordinationsverhältnisse annimmt, aaO S. 65 ff., vgl. unten S. 119 ff.

339) Vgl. dazu unten S. 113 ff.

340) aaO S. 115.

meint Westmäcker: der Erwerb ggsB sei ein planmäßiges Mittel, die verflochtenen Gesellschaften zu kontrollieren. Dem - d.h. wohl der gemeinsamen Kontrolle - entspreche es, daß wechselseitig beteiligte Gesellschaften in der Regel personell eng verflochten seien, bzw. der Erwerb der ggsB von einer Konsortialvereinbarung über die Ausübung des Stimmrechts zwischen den beteiligten Gesellschaften begleitet werde. Westmäcker ³⁴¹ verweist auf die mit ihm "übereinstimmende" Meinung Boesebeck's, daß beide Gesellschaften auf eine Verständigung angewiesen seien. Wer die Verwaltung in einer der beiden Gesellschaften aus dem Sattel heben wolle, müsse beide Gesellschaften beherrschen.

Damit erscheint das Beziehungsverhältnis wechselseitig beteiligter Gesellschaften aber als Koordinationsverhältnis, als deren Indiz gerade personelle - gegenseitige - Verflechtung, Konsortialvereinbarungen (besser "Interessengemeinschaftsverträge") und von RG 149, 308 die "gegenseitige Verständigung" angesehen werden. Westmäcker muß also, will er den wechselseitigen Ausschluß des Stimmrechts nach geltendem Recht erreichen, wechselseitig beteiligte Gesellschaften, die er, da er sie als koordiniert betrachtet - ohne das jedoch ausdrücklich auszusprechen -, nicht im Sinne des § 15 II als "wechselseitig abhängig" d.h. wechselseitig "subordiniert" auffassen kann, in einem weiteren Sinn des Wortes als "abhängig" ansehen, in einem Sinn, der über die Bedeutung des Begriffes "abhängig" als Tatbestandsvoraussetzung des § 15 II hinausgeht ³⁴², der doch unbestreitbar den typischen Fall eines Subordinationsverhältnisses regelt. "Abhängig" im Sinn des § 114 VI sollen nach Westmäcker also auch koordinierte Gesellschaften sein, deren Beteiligungen aneinander "jede für sich allein genügen, um die Gesellschaft zu beherrschen" ³⁴³ und die deshalb auf Verständigung, d.h. auf einen "Ausgleich der sich scheinbar ausschließenden Einflußmöglichkeiten" angewiesen sind.

Es erscheint aber dogmatisch nicht gerechtfertigt, den vom Gesetzgeber in den Bestimmungen der § 15 II und §§ 51 II, 65 V, 114 VI einheitlich als Subordination verstandenen Begriff der Abhängigkeit so extensiv auszulegen. Jede Auslegung hat dort ihre Grenze zu finden, "wo der mögliche Wortsinn eine juristische Entscheidung nicht mehr deckt" ³⁴⁴, zumindest bei der Auslegung von Begriffen wie dem

341) aaO Fußn. 281.

342) Eine ähnliche Aufweichung des Abhängigkeitsbegriffes wurde schon bei Trumpler aaO S. 366 (vgl. oben S. 80 ff) und Winter aaO S. 61 (vgl. oben S. 106 ff) festgestellt.

343) Westmäcker aaO S. 117.

344) Engisch aaO S. 146.

der 'Abhängigkeit', deren Wortsinn vom Gesetzgeber eindeutig (eben als Umschreibung eines Subordinationsverhältnisses, § 15 II) verstanden ist. Auch ist es nicht möglich, den Begriff "Abhängigkeit" in § 15 II und § 114 VI verschieden zu interpretieren ³⁴⁵.

So käme es einer *analogen* Anwendung der Bestimmung des § 114 VI gleich, wollte man sie auf Koordinationsverhältnisse anwenden, wo sie für Subordinationsverhältnisse gedacht ist. Ob eine analoge Anwendung von § 114 VI, der an § 15 II anknüpft, möglich ist, richtet sich zunächst nach dem rechtlichen Charakter dieser Vorschrift. § 114 VI in Verbindung mit § 15 II ist eine Ausnahmevorschrift ³⁴⁶. Sie spricht die Durchbrechung des Grundsatzes von der strengen Scheidung der juristischen Person von dem hinter ihr stehenden Gesellschafter - wieder einer juristischen Person - für einen ganz bestimmten tatbestandsmäßig auf Abhängigkeitsverhältnisse beschränkten Fall aus. Läßt sich ein Fall, wie hier der zweier wechselseitig beteiligter auf Verständigung angewiesener Unternehmen nicht dieser Ausnahmebestimmung unterordnen, so hat eine Analogie nach weit verbreiteter Ansicht auszuscheiden ³⁴⁷. Es habe vielmehr der Regelfall für das Verhältnis zweier Unternehmen zueinander zu gelten, d.h., die juristischen Personen könnten nicht identifiziert werden. Von einer Lücke im Gesetz könnte also zunächst nicht gesprochen werden. Das entspräche dem Willen des historischen Gesetzgebers, wie er in der amtlichen Begründung ³⁴⁸ zum Ausdruck gekommen ist: er hat den Fall wechselseitig gleich oder ungefähr gleich hoher Beteiligungen ausdrücklich als nicht von § 15 II erfaßbar und damit als keiner für abhängige Unternehmen geltenden Beschränkungen unterworfen behandelt ³⁴⁹.

Nun bedarf aber der Satz, daß Ausnahmenvorschriften nicht durch Analogieschluß ausdehnend ausgelegt werden dürfen (*singularia non sunt extendenda*), einer Einschränkung ³⁵⁰. Eine für einen bestimmten Ausnahmefall vorgesehene Bestimmung "darf ... selbstverständlich nicht analog angewendet werden auf Fälle, in denen diese Ausnahme-

345) Vgl. schon oben S. 108 zu Winter aaO S. 61/62.

346) aa Winter aaO S. 53; darauf wurde oben S.49 und Fußn. 157 schon eingegangen.

347) Hinweise bei Enneccerus-Nipperdey aaO § 48 I 2.

348) aaO S. 162.

349) aa Winter aaO S. 26, 38; danach habe der Gesetzgeber in der Frage der ggs Übernahme und des ggs Erwerbs von Aktien keine Antwort geben wollen, so daß das für eigene Aktien geltende Übernahme- u. Erwerbsverbot entsprechend angewandt werden könne; vgl. oben S.40 ff.

350) Vgl. Engisch aaO S. 147 ff (Literaturhinweise in den Anm. 177 ff) Enneccerus-Nipperdey aaO; Ulrich Klug, Juristische Logik, 2.Aufl. Berlin, Göttingen und Heidelberg 1958, S. 105 ff; Winter aaO S. 53.

situation nicht gegeben ist" (Engisch), also prima facie nicht auf Fälle, in denen - was die Anwendbarkeit der hier in Frage stehenden Bestimmungen des § 114 VI betrifft - kein Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist. Wohl aber muß eine Analogie "in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmenvorschrift" (Engisch) möglich sein, wenn sich erweisen sollte, daß im Hinblick auf diesen Grundgedanken der Schluß möglich ist, die Regelung, auch wenn sie zunächst lückenlos erscheint und vom Gesetzgeber auch so verstanden wurde, sei in den Grenzen dieses Ausnahmeprinzips gleichwohl lückenhaft. Hinter § 114 VI steht der gesetzgeberische Grundgedanke, einen Einbruch in die innere Zuständigkeitsordnung der AG auszuschließen. Die diesbezüglich bestehenden Gefahren sah der Gesetzgeber bei Abhängigkeitsverhältnissen als gegeben an ³⁵¹. Seine Regelung knüpfte daher an den Begriff der Abhängigkeit an. Sein Grundgedanke erscheint so aber überlagert durch das Ziel, den Mißbrauch einer willensunterworfenen Untergesellschaft durch ein herrschendes Unternehmen zu verhindern. (Entsprechend erscheinen auch die durch die §§ 51 II, 65 V angestrebte Verhinderung einer Gefahr für Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals als überdeckt durch das Ziel, die Möglichkeit auszuschließen, daß über eine mißbrauchte abhängige Gesellschaft ein Erfolg erzielt wird, den eine Gesellschaft unmittelbar nicht erreichen kann).

Fraglich ist nun aber, ob es dem Gesetzgeber b e w u ß t gewesen ist, daß seine Bedenken gegen durch Beteiligung geschaffene einseitige Abhängigkeitsverhältnisse allgemein auf wechselseitig verflochtene Gesellschaften in gleicher oder ähnlicher Weise zutreffen, wenn diese sich nur in einer Unternehmensverbindung, sei es subordinierter, sei es koordinierter Art, befinden ³⁵². Daß der Gesetzgeber Unternehmen, die wechselseitig durch jeweils für sich betrachtet beherrschenden Einfluß gewährende Beteiligungen verbunden sind, als auf gegenseitige Verständigung angewiesen und damit als koordiniert betrachtete, geht aus der sich an die Ausführungen des RG in der Iduna-Entscheidung anschließenden Äußerung der amtlichen Begründung hervor.

351) Vgl. amtliche Begründung S. 161.

352) Es muß hier außeracht gelassen werden, daß die Gefahren wB für das Grundkapital jedenfalls teilweise unabhängig davon bestehen, ob die aneinander beteiligten Unternehmen in einer konzernmäßigen Verbindung stehen oder nicht (vgl. oben S. 41 Fußn. 127 und unten S. 140, 145); denn es geht hier um die allein mögliche Anwendung einer konzernrechtlichen Bestimmung auf einen anderen von der Regelung "primär" angenommenen Konzerntatbestand.

Es ergeben sich also zwei Möglichkeiten ³⁵³:

1. Ist sich der Gesetzgeber der Gefahren ³⁵⁴, die bei wechselseitig jeweils für sich betrachtet beherrschenden Beteiligungen zwischen somit koordinierten Unternehmen bewußt gewesen, so liegt ein Wertungswiderspruch vor. Der Gesetzgeber hätte in diesem Fall gleich schwerwiegende, wenn auch durch die Verschiedenartigkeit der Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen koordinierten und subordinierten Unternehmen in typisch unterschiedlicher Weise zum Ausdruck kommende Gefahrenlagen ungleich gewertet und den einen Fall geregelt, den anderen von einer Regelung ausgenommen. Ein solcher Wertungswiderspruch müßte hingenommen werden ³⁵⁵. Es ließe sich auch nicht argumentieren, daß die Wertungsmaßstäbe sich geändert hätten und der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers außeracht gelassen werden könnte.
2. Ist sich der Gesetzgeber der Gefahren wechselseitig für sich betrachtet beherrschender Beteiligungen nicht bewußt gewesen, sah er also die Gefahren wB beschränkt auf Subordinationsverhältnisse, so wäre es sein Wille gewesen, seine Grundvorstellungen, was (die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals und) die Unzulässigkeit von Verwaltungsstimmrecht betraf, im Verhältnis zweier aneinander beteiligter Unternehmen umfassend zur Geltung zu bringen ³⁵⁶. Die gewählten gesetzgeberischen Mittel (die Bestimmungen der §§ 51 II, 65 V, 114 VI iVm § 15 II) wären dann als unzureichend zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes zu betrachten. Es läge ein Widerspruch in der Mittel-Zweckbeziehung vor. Der Gesetzgeber strebte mit den gewählten Normen einen bestimmten Zweck an, versagte aber durch die Wahl der tatbestandlichen Anknüpfungsmerkmale der Normen diesen die Mittel zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes ³⁵⁷. Man könnte in diesem Fall von einer Lücke im Mittel sprechen, deren Ausfüllung durch einen Analogieschluß damit eröffnet wäre ³⁵⁸. Der Analogieschluß würde sich in den Grenzen des Grundgedankens der in Frage stehenden Ausnahmenvorschriften halten.

353) Allerdings nur, wenn man wie der Verfasser gegen Winter davon ausgeht, daß der Gesetzgeber (und das Gesetz) sowohl auf die Frage nach der Zulässigkeit der Begründung wB, wie nach der Ausübung der Rechte aus ihnen, eine Antwort geben wollte und gegeben hat, vgl. oben S. 37 ff.

354) Systematisch wird auf die bei wB drohenden Gefahren im nächsten Kapitel (§ 5) eingegangen. Es wird deshalb auf dieses Kapitel verwiesen.

355) Vgl. Engisch aaO S. 161.

356) Anders, wie mehrfach betont, Winter aaO S. 38.

357) Vgl. allgemein dazu Engisch aaO S. 161.

358) Ein anderer Fall läge z.B. vor, wenn der Gesetzgeber die zur Durchführung einer Norm nötigen weiteren Vorschriften nicht erlassen würde. Es läge auch dann ein Widerspruch in der Mittel-Zweckbeziehung vor, der aber einer unausfüllbaren Rechtslücke gleichkäme, vgl. Engisch aaO S. 161.

Stellte man auf die von Mestmäcker geforderte Anwendung von § 114 VI auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschende Beteiligungen ab, so wäre eine analoge Anwendung deshalb möglich, weil das wechselseitige Stimmrecht zu einem rechtsähnlichen Einbruch in die innere Zuständigkeit der AG führt; denn bei Beteiligungen in einer für sich betrachtet beherrschenden Höhe ist eine gegenseitige Verständigung unumgänglich ³⁵⁹.

Ob der Gesetzgeber sich der Gefahren wB zwischen konzernmäßig zusammengefaßten Unternehmen bewußt war oder nicht, läßt sich mit Sicherheit nicht sagen.

Boesebeck ³⁶⁰ nimmt wohl ersteres an, wenn er sagt, daß der Gesetzgeber "bewußtmaßen bei seiner rechtspolitischen Konzeption auf halbem Wege stehen geblieben" sei. Er habe seine Grundvorstellungen - was die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals und den Einbruch in die innere Zuständigkeitsordnung der AG betreffe - im Verhältnis zweier Gesellschaften zueinander bewußt nur für Abhängigkeitsverhältnisse zur Geltung gebracht und somit nicht unmittelbar, sondern überlagert durch das Ziel, Mißbräuche einer willensunterworfenen Tochtergesellschaft auszuschließen. Andere Tatbestände konzernmäßiger Verflechtung seien damit absichtlich von jeder Beschränkung freigestellt worden. Anhaltspunkte für diese Auffassung ergeben sich allerdings nicht aus der amtlichen Begründung, insbesondere nicht aus ihrer Bemerkung zur wB. Die grundsätzliche Bemerkung der amtlichen Begründung ³⁶¹

"Auch bei der Stimmrechtsausübung muß der konzernmäßigen Verflechtung Rechnung getragen werden, um ungerechtfertigte Stimmrechtsausübungen im Interesse der freien Aktionäre zu beschränken"

läßt eher den Schluß zu, der Gesetzgeber habe ungerechtfertigten Stimmrechtsausübungen umfassend begegnen wollen und sei sich nur der allgemein bei wB zwischen konzernmäßig verbundenen Unternehmen bestehenden Gefahren nicht bewußt gewesen. Dafür spricht auch der Stand der kritischen Betrachtung in der Literatur vor 1937. Die wB wurde zwar gerade als Mittel der Koordination gesehen ³⁶². Ob der Gesetzgeber sie aber als solche in E r k e n n t n i s ihrer Gefahren anerkannt haben wollte, läßt sich aus der Wahl des Kriteriums der Abhängigkeit - an das die Vorschriften, die eine Beschränkung aussprechen, anknüpfen - nicht entnehmen. Denn auf der

359) Zur analogen Anwendung von § 114 VI auf wechselseitig nicht zur Beherrschung ausreichende Minderheitsbeteiligungen zwischen koordinierten Unternehmen vgl. unten S. 119 ff.

360) aaO S. 402 und ZKredW 1956, 766 (dort auch das folgende Zitat).

361) aaO S. 161.

362) Vgl. oben S. 29 ff.

anderen Seite wurden die Gefahren wB überwiegend mit Blickrichtung auf Subordinationsverhältnisse betrachtet ³⁶³.

Die Annahme, daß der Gesetzgeber sich der Gefahren wB zwischen koordinierten Unternehmen nicht bewußt war, ist daher wohl möglich. Es liegt näher, anzunehmen, er habe geglaubt, mit seiner Regelung den Gefahren einer mittelbaren Verletzung der für eigene Aktien geltenden Grundsätze wirksam zu begegnen, als anzunehmen, er habe die Problematik wB ganz allgemein gesehen und sie nur unzutreffend in Subordinations- und Koordinationsverhältnissen bewußt ungleich gewertet.

Andererseits würde die Anwendung von § 114 VI auf ggs für sich betrachtet beherrschende Beteiligungen zeigen, daß diese Bestimmung bei ihrer Anwendung auf beide Unternehmen eine Wirkung entfalten würde, die ihrem Normzweck keineswegs entspricht: sie würde eine auf wB beruhende Unternehmensverbindung lösen, während sie Abhängigkeitsverhältnisse unberührt lassen will und nur bestimmten Gefahren für die innere Zuständigkeitsordnung vorbeugt ³⁶⁴. Dieser dem Gesetz immanente Zweck läßt es somit zweifelhaft erscheinen, ob eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschende Beteiligungen im Hinblick auf den "objektiven" Sinn des Gesetzes sinnentsprechend wäre, auch wenn angenommen werden könnte, der historische Gesetzgeber habe sich durch seine Bestimmung eine umfassendere Wirkung versprochen und nur irrig angenommen, Bedenken, wie er sie bei Abhängigkeitsverhältnissen als gegeben ansah, seien bei Koordinationsverhältnissen nicht gegeben. Es erscheint so fraglich, ob eine Analogie, die bei subjektiv-teleologischer Betrachtung sich als möglich erweisen könnte, nicht bei objektiv-teleologischer Sinnerfassung der in Frage stehenden Normen ausgeschlossen ist. Die analoge Anwendung der für herrschende und abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen wird also nur eine letztlich unbefriedigende Notlösung sein können.

7) "Gegenseitige Abhängigkeit" und "Unternehmen-än-sich"

Würdinger ³⁶⁵ will, wie Mestmäcker, zu dem Ergebnis kommen, daß § 114 VI bei "wechselseitiger Abhängigkeit" für jede Gesellschaft

363) So gerade auch bei v. Hofmannsthal aaO S. 402 und Liefmann aaO S. 80 und 108, die die Gefahren wB für das Grundkapital besonders deutlich zum Ausdruck brachten (letzterer auch unter Hervorhebung ihres organisatorischen Zweckes beim Aufbau eines Konzerns), vgl. oben S. 29 ff.

364) Vgl. dazu unten S. 127 ff.

365) aaO (Aktienrecht, Karlsruhe 1959) S. 215.

Anwendung zu finden habe. Wenn man erklärte, daß die "beiderseitige Abhängigkeit" sich aufhebe, jede Gesellschaft also ihr Stimmrecht in der HV der anderen Gesellschaft ausüben könnte, so wäre das "Unternehmen an sich" anerkannt, "dessen Verwaltung keinem ihr gegenüber selbständigen Organ mehr verantwortlich ist" ³⁶⁶. Mit diesem Begriff vom "Unternehmen an sich" oder vom "verselbständigten" oder von den Eigentümern "losgelösten" Unternehmen wird heute neben anderen Erscheinungen des Aktienrechts auch die sich verständigenden Verwaltungen wechselseitig beteiligter Unternehmen gegebene Möglichkeit, sich weitgehend der Kontrolle ihrer Aktionäre zu entziehen, schlagwortartig kritisiert. Damit will Würdinger, ähnlich wie Mestmäcker, den "Einbruch in die innere Zuständigkeitsordnung der AG" ³⁶⁷ bei Ausübung des Stimmrechts aus wechselseitig für sich betrachtet beherrschenden Beteiligungen durch Anwendung von § 114 VI verhindern, ohne jedoch aufzuzeigen, wie er zur Anwendbarkeit von § 114 VI kommt; denn wenn er auch von "wechselseitiger Abhängigkeit" spricht, hält er diese, wie seine Ausführungen zur Frage der Begründung wB deutlich machen, jedenfalls im Sinne von § 15 II für rechtlich nicht möglich. Die "Regelung des § 65 Abs. 5 iVm § 114 Abs. 6" bewirke folgendes ³⁶⁸: Beherrsche ein Unternehmen durch Beteiligungsbesitz eine andere AG, so sei die abhängige Gesellschaft nicht mehr in der Lage, eine wV zu begründen oder die Stimmenmacht der herrschenden Gesellschaft durch Beteiligungserwerb zu brechen. Besitze dagegen eine AG Aktien einer anderen Gesellschaft, die zur Beherrschung der anderen Gesellschaft nicht ausreichten, so könne "diese andere Gesellschaft durch Aktien-erwerb ihrerseits beherrschende Macht erlangen und damit auch das Stimmrecht der ersteren Gesellschaft lahmlegen, weil das Verbot des § 114 VI sich nunmehr gegen diese richtet". Die Bestimmung des § 65 V (ebenso wie die des § 51 II) schlosse damit zunächst die Möglichkeit wB nicht aus. Grundsätzlich sei jede Gesellschaft zu etwa 30 - 40 % wechselseitigen Aktienerwerbes befugt, weil damit noch kein Abhängigkeitsverhältnis begründet werde. Weiter stünden aber auch gleichzeitigem Aktienerwerb sodann die §§ 51 II, 65 V nicht entgegen, weil vorher noch kein den Erwerb hinderndes Abhängigkeitsverhältnis vorläge. Damit will Würdinger wohl sagen, daß selbst wB, die für sich betrachtet schon beherrschenden Einfluß zulassen, noch erhöht werden könnten. Er will also offensichtlich wechselseitig jeweils beherrschende Beteiligungen nur in der Frage

366) Vgl. zu der Lehre vom Unternehmen an sich unten S.158ff.

367) Mestmäcker aaO S. 117.

368) Würdinger aaO S. 215.

des Stimmrechts den Bestimmungen für "abhängige" Unternehmen unterwerfen.

8) Analoge Anwendung von § 114 VI auf wB im Falle "wirtschaftlicher Zusammenarbeit" oder "Identität der Verwaltungen" - auch wenn die wB für sich betrachtet nicht zur Beherrschung ausreichen.

Wie Mestmäcker und Würdinger, will auch Winter³⁶⁹ die Ausübung des Stimmrechts aus wB nur aus § 114 VI beschränken. Obwohl er die Begründung wB für verboten hält, also auf die gegenseitige Aktienübernahme und den gegenseitigen Aktienerwerb die für Übernahme und den Erwerb eigener Aktien geltenden Grundsätze und Bestimmungen angewendet wissen will³⁷⁰, hält er³⁷¹ einen "generellen" Ausschluß des Stimmrechts nicht für möglich. Da die sich im wechselseitigen Besitz befindlichen Aktien (denen teilweise keine echte Kapitalbeteiligung mehr zugrunde liegt) "nur eine mittelbare Beteiligung der Gesellschaft an sich selbst darstellen", wäre allenfalls "ein partielles Ruhen des Stimmrechts" gerechtfertigt, das das geltende Recht (§§ 12, 114) nicht kenne³⁷². Im übrigen habe der Gesetzgeber auch den Grundsatz, daß es kein kapitalloses Stimmrecht geben soll, nicht uneingeschränkt verwirklicht³⁷³. Das Stimmrecht müsse jedoch bei "einigen typischen, in der Praxis anzutreffenden Gestaltungen der wechselseitigen Verflechtung" versagt werden, wenn andernfalls die Gesellschaften in die Lage versetzt wären, "an der Willensbildung in der eigenen Hauptversammlung mitzuwirken". Eine derartige "Einflußnahme der Verwaltungen" wäre einmal unvereinbar damit, daß die Gesellschaft nicht bei Beschlüssen mitbestimmen kann, die gerade erst ergeben sollen, was die Gesellschaft will³⁷⁴. Wichtiger sei aber, daß durch das wechselseitige Stimmrecht "die gesetzliche Zuständigkeitsordnung verletzt würde, da die Verwaltungen in die allein der Hauptversammlung vorbehaltenen Entscheidungsbefugnis eingreifen könnten". Beiden Erwägungen sei auch der Gesetzgeber von 1937 gefolgt und "habe das Ruhen des Stimmrechts aus ei-

369) aaO S. 58 ff.

370) aaO S. 51 ff., vgl. oben S. 40 ff.

371) aaO S. 58/59.

372) Das AktG kennt aber auch nicht die verhältnismäßige Zurechnung von "eigenen" Aktien im Besitz einer anderen Gesellschaft als "mittelbar eigene Aktien", vgl. oben S. 50/51.

373) Winter aaO S. 59 und Fußn. 282 und 283 verweist auf die Rechtslage bei Mehrstimmrechtsaktien.

374) Winter aaO Fußn. 284 verweist auf RGZ 103, 64 (66), vgl. oben S. 20; das RG hat diesen Grundsatz allerdings nur für unmittelbar eigene Aktien ausgesprochen und gerade in dieser Entscheidung einer Tochtergesellschaft das Stimmrecht aus Aktien der Muttergesellschaft belassen.

genen Aktien und aus den unter dem mittelbaren Einfluß der Verwaltung stehenden Aktien angeordnet (§ 114 Abs. 6 AktG)" ³⁷⁵. Aufgrund dieser Überlegungen möchte Winter in folgenden Fällen zu einem Ruhen des Stimmrechts kommen ³⁷⁶:

1. bei gleich oder annähernd gleich hohem ggs Aktienbesitz, der beiden Gesellschaften "eine an sich zur Beherrschung der anderen ausreichende Stimmenmacht gewährt";
2. bei wV, "die im Einvernehmen beider Gesellschaften der Verwirklichung bestimmter gemeinsamer Zwecke dienen sollen";
3. bei wV von Aktiengesellschaften, "deren Verwaltungen ganz oder doch weitgehend identisch sind".

Im ersten Falle nimmt Winter ³⁷⁷ "gegenseitige Abhängigkeit" an und möchte deshalb zu einer "unmittelbaren" Anwendung von § 114 VI kommen.

Anders wäre nur zu entscheiden, wenn im Einzelfall besondere Umstände der Annahme eines ggs Abhängigkeitsverhältnisses entgegenstünden, wenn also entweder ein "einseitiges Abhängigkeitsverhältnis" vorläge oder die ggs Abhängigkeit durch Stimmrechtsvereinbarungen wirksam ausgeschlossen wäre, "so daß § 114 VI nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar" sei ³⁷⁸.

Bei "Zusammenarbeit der Gesellschaften" ³⁷⁹ - dem zweiten Fall -, wenn die wB "der Verwirklichung bestimmter gemeinsamer Zwecke dienen soll", wobei es keinen Unterschied mache, ob die wB "erst im Einvernehmen beider Gesellschaften planmäßig geschaffen worden ist oder ob sie vor der Einigung schon vorhanden war", sei "eine wirkliche Koordination der Gesellschaften und daher keine gegenseitige Abhängigkeit" gegeben. Die wB garantiere hier eine

375) Winter aaO S. 59/60 möchte in diesem Zusammenhang auch berücksichtigt wissen, daß sich, wenn auch noch "entgegen der herrschenden Meinung, mit Recht die Auffassung durchzusetzen (beginnt), daß Stimmrechtsbindungen unzulässig sind, die den Gesellschaften verpflichten, nach den Weisungen der Gesellschaft oder eines ihrer Organe oder für deren jeweilige Vorschläge zu stimmen" - einer Ansicht, der sich auch der RegE in § 130 III angeschlossen habe. Daß durch die vereinbarungsgemäße Ausübung des Stimmrechts aus solchen "gebundenen" Aktien die Verwaltung Einfluß auf die eigene HV gewinnen kann (vergleichbar etwa dem bei wB zwischen sich verständigenden Verwaltungen möglichen Einfluß auf die eigene HV) ist richtig. Es handelt sich hier aber nicht um die Frage der rechtlichen Identifizierung zweier rechtlich selbständiger juristischer Personen mit der Folge des Ruhens des Stimmrechts. Vgl. zu den Stimmrechtsvereinbarungen oben S. 59 ff.

376) aaO S. 60 ff.

377) aaO S. 60 ff; vgl. oben S. 106 ff.

378) aaO S. 63/64 ff.

379) aaO Winter S. 65 ff. So auch die folgenden Zitate, soweit nicht anders angegeben.

"dauerhafte und enge wirtschaftliche Zusammenarbeit der Unternehmen". Die Interessenlage sei hier eine wesentlich andere als im ersten Falle, wo jede Verwaltung "gesondert vermöge ihres Einflusses auf die Stimmrechtsausübung durch die andere Gesellschaft mittelbar auf die Willensbildung der eigenen Hauptversammlung einwirkt"; in diesem ersten Falle würden die Vorstände, "wenn sie keinen Machtkampf wollen, auch ohne besondere Vereinbarung ... ihre Geschäftspolitik mit Rücksicht auf den beherrschenden Einfluß, den die andere Gesellschaft auszuüben in der Lage ist, so einrichten, daß ihre Gesellschaft mit der anderen so verfährt, wie sie es umgekehrt von dieser ihr gegenüber erwartet", was für die Stimmrechtsausübung darauf hinauslaufe, "daß sie in der Regel im Einklang mit den Verwaltungsvorschlägen oder jedenfalls nicht gegen sie erfolgt" ³⁸⁰ ... ein Gegenseitigkeitsverhalten, das nicht anders als das Angewiesen-sein auf "gegenseitige Verständigung" charakterisiert werden kann und entgegen der Ansicht Winter's mit gegenseitiger Abhängigkeit nichts zu tun hat, sondern eine Form, wenn auch nicht weitgehender Koordination darstellt. Wenn Winter den zweiten Fall zu Recht dadurch von dem ersten unterschieden sieht, daß "hier die Verwaltungen zusammen (wirken), um mittels des Stimmrechts aus dem gegenseitigen Aktienbesitz die von ihnen festgelegte gemeinschaftliche Geschäftspolitik in den Hauptversammlungen beider Gesellschaften durchzusetzen", so daß "von einer gegenseitigen Abhängigkeit ... in diesen Fällen nicht mehr gesprochen werden kann", so besagt das im Sinne der hier gegen Winter vertretenen Auffassung nichts anderes als daß jetzt gegenüber der bloßen "Verständigung" - einer Koordination geringerer Intensität - eine Koordination höheren Grades gegeben ist, die sich schon als "einheitliche Leitung" im Sinne des § 15 I erweisen könnte oder dieser zumindest nahe kommt.

Eine unmittelbare Anwendung von § 114 VI auf diesen Tatbestand hat, weil wechselseitige Abhängigkeit nicht vorliegt, auch nach Winter auszuschließen. Wohl aber müsse "nach dem Rechtsgedanken dieser Vorschrift" die Stimmrechtsausübung aus dem beiderseitigen Aktienbesitz für unzulässig gehalten werden. Bei "gemeinsam formulierter und aufeinander abgestimmter Geschäftspolitik" könne jede Gesellschaft die eigene HV beeinflussen. Sei der ggs Aktienbesitz so hoch, daß er jeweils zur Beherrschung der HV ausreiche, so wären die Verwaltungen sogar in der Lage, "die Hauptversammlung als Organ der Gesellschaft zu denaturieren und sich der Kontrolle der eigentlichen Anteilseigner gänzlich zu entziehen". Ein Ausschluß des Stimm-

380) Die beiden letzten Zitate Winter aaO S. 61.

rechts müsse aber auch erfolgen, wenn die wB nicht zur Beherrschung der HV ausreichten. Die Einflußmöglichkeiten der Verwaltungen beruhten hier auf "dem gleichen Grunde" wie bei Mehrheitsbeteiligungen. Es würde hier nicht genügen, nur die Nichtigkeit einer etwa bestehenden Stimmrechtsvereinbarung anzunehmen, da beide Verwaltungen sich auch ohne eine solche Vereinbarung darüber einigen würden, "wie das Stimmrecht aus den gegenseitigen Beteiligungen im Sinne der gemeinsam festgelegten Geschäftspolitik auszuüben" sei.

Schließlich müsse das Stimmrecht aus wB erst recht in dem dritten Fall, dem der "Identität der Verwaltungen"³⁸¹ ausgeschlossen sein, d.h. dann, wenn die Verwaltungen der wechselseitig beteiligten Unternehmen "in Personalunion amtieren oder wenn die maßgeblichen Persönlichkeiten dieselben sind", es sei denn, daß in diesem Falle ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis vorliege, § 114 VI also nur auf das Stimmrecht der einen abhängigen Gesellschaft angewandt werden könne. Die Mitglieder der Verwaltung übten zwar das Stimmrecht nicht in der Eigenschaft eines Organs der Gesellschaft aus, in der sie abstimmen, aber es wäre gewiß lebensfremd, annehmen zu wollen (darin ist Winter ohne weiteres zuzustimmen), daß sie etwas anderes tun würden, als ihre "eigene" Geschäftsführung (richtiger die gemeinsame Geschäftspolitik!) mittels der Stimmrechtsausübung durchzusetzen und die Kontrolle der "eentlichen" Anteilseigner zu beschränken oder bei Stimmenmehrheit gänzlich auszuschließen. Ob die Einflußmöglichkeit auf die eigene HV bei dieser Gestaltung der wB faktisch wirklich "noch weit gefährlicher als in allen anderen Fällen (ist), weil hier kein Dritter, über den der Einfluß ausgeübt werden müßte, dazwischen geschaltet ist", wie Winter das meint, mag dahingestellt bleiben.

In diesem von Winter zuletzt untersuchten Falle liegt nun ohne Zweifel "einheitliche Leitung" im Sinne des § 15 I vor und zwar einheitliche Leitung zwischen gleichgeordneten also koordinierten Unternehmen³⁸². Ein wesentlicher Unterschied zwischen Fall zwei und drei besteht somit, sieht man von dem Grad der bestehenden Koordination ab, nicht, insbesondere nicht, soweit die Auswirkung der Stimmrechtsausübung auf die Kontrollmöglichkeiten der freien Aktionäre in

381) Winter aaO S. 67.

382) Vgl. zur "einheitlichen Leitung" bei wechselseitig beteiligten Unternehmen oben S.69; Winter's Lösung unterscheidet sich von der Trumpler's aaO S. 366 und Fuchs-Gerloff's aaO S. 77 (vgl. dazu oben S.80 und S.84) daß er nicht wie diese aus der einheitlichen Leitung auf das Vorliegen eines gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisses schließt, sondern zutreffend ein Koordinationsverhältnis annimmt.

Frage steht.

Entscheidend ist, daß Winter, was die Stimmrechtsfrage betrifft, auf wB die Vorschriften für abhängige Unternehmen erst anwenden will, wenn zwischen den verflochtenen Gesellschaften eine wirtschaftliche Einheit gegeben ist, d.h., ein Gegenseitigkeitsverhalten gegeben ist, das typisch zu einer Einflußmöglichkeit der Verwaltungen auf die eigene HV führt, während er, was die Begründung wB betraf, die Anwendung der für eigene Aktien geltenden Grundsätze und Bestimmungen nicht von dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit abhängig machte ³⁸³.

Wie Mestmäcker und Würdinger kommt Winter zu einer sinngemäßen, entsprechenden, aus dem "Rechtsgedanken" des § 114 VI abgeleiteten also nicht unmittelbaren Anwendung des § 114 VI, sieht man von Fall eins ab, der von Mestmäcker und Würdinger anders als von Winter nach dem gleichen Gesichtspunkt behandelt wird. Im Gegensatz zu Mestmäcker und Würdinger beschränkt Winter die Anwendung von § 114 VI aber nicht auf wB, die jede für sich betrachtet zur Beherrschung ausreichen, sondern will einen Stimmrechtsausschluß auch bei wechselseitig für sich betrachtet zur Beherrschung ungeeigneten Minderheitsbeteiligungen, da die Einflußmöglichkeit auf die eigene HV hier "aus dem gleichen Grunde" - nämlich der Koordination - gegeben sei. An früherer Stelle ³⁸⁴ wurde die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 114 VI in den Grenzen der in dieser Bestimmung getroffenen Ausnahmeregelung, wenn auch nicht zweifelfrei, bejaht, allerdings nur für wB, die jeweils zur Beherrschung ausreichen. Nun könnte man aber zutreffend mit Winter sagen, daß letztlich der Grund für die analoge Anwendung die bei Koordinationsverhältnissen in ähnlicher Weise wie bei Abhängigkeitsverhältnissen gegebene Möglichkeit ist, auf die eigene HV Einfluß auszuüben, wenn auch bei Koordinationsverhältnissen beide Gesellschaften diese Möglichkeit haben, während bei Abhängigkeitsverhältnissen diese Möglichkeit nur für das herrschende Unternehmen besteht. Mit Winter könnte also weiter gesagt werden, daß bei Vorliegen eines Koordinationsverhältnisses das wechselseitige Stimmrecht ruhen müsse, gleichgültig, in welchem Umfang wB bestehen, wie ja auch § 114 VI es nicht auf eine bestimmte Höhe der Beteiligung der abhängigen Gesellschaft abstellt und ebensowenig voraussetzt, daß Mittel der Beherrschung eine Beteiligung ist. Es erscheint also zunächst nur konsequent, daß bei wB zwischen koordinierten Unternehmen der der Beherrschung und Abhängigkeit rechtsähnliche, also die Analogie zu-

383) Vgl. dazu oben S. 40 ff.

384) Oben S. 113 ff.

lassende Tatbestand die Koordination ist und nicht die für sich betrachtet beherrschenden Beteiligungen, die nur wegen der Wechselseitigkeit nicht beherrschende Wirkung entfalten können. So richtig es nun aber auch ist, daß erst die bestehende Koordination die analoge Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig beteiligte nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis stehende Unternehmen rechtfertigt, so kann doch gegen Winter die Stimmrechtsbeschränkung wechselseitiger, nicht zur Beherrschung ausreichender Beteiligungen nicht mehr als Rechtsanwendung *praeter legem* angesehen werden. Folgte man der Ansicht Winter's, so wäre die völlige Auflösung der konzernrechtlichen Systematik des Gesetzgebers von 1937 die Folge³⁸⁵. Das Aktiengesetz unterscheidet in § 15 zwischen Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung stehen (Abs. 1) und solchen, die herrschend und abhängig sind. In beiden Fällen wird über die Begriffe des "Konzerns" und die Begriffe "herrschendes" und "abhängiges" Unternehmen ein Tatbestand wirtschaftlicher Einheit in gewissen Beziehungen rechtlich als Einheit erfaßt, wenn auch § 15 II nur die Möglichkeit einer beherrschenden Einflußnahme und nicht tatsächliche Beherrschung voraussetzt³⁸⁶. Dabei stellt der Tatbestand des § 15 II den "typischen Fall eines Subordinationsverhältnisses dar, während § 15 I sich sowohl auf Konzerne, die nach dem Koordinationsprinzip aufgebaut sind, wie auch auf solche bezieht, für deren Glieder das Prinzip der Über- und Unterordnung gilt" (Rasch³⁸⁷). An beide Tatbestände hat der Gesetzgeber spezielle Rechtsfolgen geknüpft, so an § 15 I die Regelungen der §§ 95 II, 112, 131 I A III Nr. 9 und B V Nr. 7, 132 I Ziff. 2 Nr. 2, 128 II Nr. 8 und an § 15 II in erster Linie die Beschränkungen der §§ 51 II, 65 V, 114 VI, 131 I A III Nr. 5. Was die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften für Konzerne auf herrschende und abhängige Unternehmen und umgekehrt betrifft, so mag zunächst hier dahingestellt bleiben, ob, wie es der Wortlaut von § 15 II nahelegt, herrschende und abhängige Unternehmen, die als Konzernunternehmen "gelten", den für Konzerne aufgestellten Bestimmungen zu unterwerfen sind, auch wenn sie nicht unter einheitlicher Leitung stehen oder ob diese Vorschriften "sinngemäß" einheitliche

385) Wozu ebenso die Ansicht Winter's aaO S. 51 ff führen würde, daß auf die Begründung wB das Übernahme- und Erwerbsverbot für eigene Aktien angewendet werden könne, vgl. oben S. 40 ff.

386) Vgl. oben S. 57 ff.

387) aaO (Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl.) S. 40; vgl. auch Würdinger aaO S. 220.

Leitung voraussetzen 388.

Umgekehrt finden die für herrschende und abhängige Unternehmen geltenden Vorschriften auf Konzernunternehmen nach § 15 I, also auf unter einheitlicher Leitung zusammengefaßte Unternehmen dann - aber auch nur dann - Anwendung, wenn sie gleichzeitig herrschende und abhängige Unternehmen sind. Jedoch hat grundsätzlich eine Anwendung der §§ 51 II, 65 V, 114 VI auf den Gleichordnungskonzern auszuschneiden 389.

Eine generelle Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf unter einheitlicher Leitung stehende Unternehmen ohne Rücksicht darauf, ob Abhängigkeit vorliegt oder nicht, liefe dem Aktiengesetz zuwider und käme einer Auflösung der konzernrechtlichen Systematik des AktG, die auch von RefE und RegE beibehalten wird, gleich. Diese Zweispurigkeit der gesetzlichen Systematik bei der Behandlung konzernrechtlicher Unternehmenszusammenfassungen ist gerade bei der Frage nach der Rechtsanwendung *praeter legem* zu beachten: die analoge Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf koordinierte Unternehmen darf nicht zu einer generellen Anwendung dieser Bestimmungen auf gleichgeordnete, unter e i n h e i t l i c h e r L e i t u n g stehende Unternehmen und wohl erst recht nicht auf gleichgeordnete Unternehmen, deren Verbundenheitsintensität einheitlicher Leitung nicht gleichkommt, führen, selbst wenn die Anwendung dieser Bestimmungen "rechtspolitisch" gerechtfertigt und wünschenswert erschiene. Die in den Grenzen des Grundgedankens von § 114 VI, wenn auch nicht bedenkenfrei, für zulässig zu haltende analoge Anwendung von § 114 VI auf wB zwischen koordinierten Unternehmen, muß daher beschränkt werden auf einen Tatbestand, der dem der "Beherrschung" weitestgehend entspricht, a u c h wenn es erst die bestehende Koordination ist, die die Analogie letztlich rechtfertigt. Es dürfen damit wB erst dann der Stimmrechtsbeschränkung unterworfen werden, wenn die Beteiligungen für sich allein betrachtet beherrschenden Einfluß gewährleisten würden. Im Ergebnis würden wB auf diesem Weg so behandelt, als hätte

388) Für diese Einschränkung Würdinger aaO S. 221 gegen die hM (so für andere Baumbach-Hueck aaO Anm. 3 E zu § 15). Vgl. dazu auch RegE § 17 I 3 (entsprechend RefE § 17 I 2), die grundsätzlich nur eine Vermutung für das Vorliegen einheitlicher Leitung aussprechen, die allerdings unwiderleglich ist (RegE § 17 I 2) wenn ein "Beherrschungsvertrag" (RegE § 280) oder "Eingliederung" (RegE § 308) gegeben ist.

389) Vgl. Rasch aaO S. 116, 136, 138 und Würdinger aaO S. 221; vgl. auch RefE § 17 II iVm § 127 II und RegE § 17 II iVm § 130 II. Allerdings beschränken beide Entwürfe das Stimmrecht aus wechselseitigen Minderheitsbeteiligungen (RefE § 286 und RegE § 316).

der Gesetzgeber an das Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung oder einer als solcher beherrschenden Minderheitsbeteiligung über eine Fiktion die Rechtsfolgen der Abhängigkeit geknüpft, wie es für Mehrheitsbeteiligungen etwa das englische Recht getan hat ³⁹⁰.

Der von Winter geforderte Stimmrechtsausschluß bei wechselseitig für sich allein betrachtet nicht zur Beherrschung ausreichenden Minderheitsbeteiligungen ist deshalb als contra legem abzulehnen.

9) Die Einwände Boesebeck's gegen eine Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen - namentlich § 114 VI - auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschend beteiligte Unternehmen.

Boesebeck ³⁹¹ hat in seiner Entgegnung auf die Ausführungen Hefermehl's am eingehendsten den Standpunkt des der Iduna-Entscheidung und der Amtlichen Begründung folgenden Schrifttums vertreten. Ein ggs Abhängigkeitsverhältnis könne es überhaupt nicht geben. Die gleiche Gesellschaft könne nicht gegenüber der anderen zugleich herrschend und abhängig sein. Bei der Verflechtung habe die konzernrechtliche Literatur zwischen Subordination und Koordination unterschieden. Eine wV stelle einen Fall von Koordination dar ³⁹². Wechselseitig verflochtene Gesellschaften mit gleichen Einflußmöglichkeiten ständen zueinander nicht im Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft, indem jede Gesellschaft "abwechselnd" - besser gleichzeitig - Mutter und Tochter sei, sondern seien Schwester-gesellschaften. Sie ähnelten insofern zwei Gesellschaften, die von derselben Konzernobergesellschaft beherrscht werden ³⁹³.

390) Hinweise bei Boesebeck ZKredW 1956, 768, Winter aaO S. 16/17.

391) aaO ("Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften, Entgegnung auf die Ausführungen von Hefermehl, "Betrieb" 1955 S. 304") DB 1955, 401 ff.

392) Boesebeck aaO S. 402 verweist auf Haußmann aaO (Grundlegung S. 107 und Tochtergesellschaft S. 18 ff) und Bärmann aaO (Tochtergesellschaft S. 15 ff). Vgl. oben S. 24/25.

393) Vgl. die BFH-Urteile vom 8.2.55 (BB 1955, 280) und 26.2.59 (BB 1959, 442) zur Unternehmereinheit, wo es heißt, daß bei Unternehmereinheit "Nebenordnung gleich Unabhängigkeit" vorliege; Organschaft liege vor bei "Unterordnung gleich Abhängigkeit". Ebenso wie es bei dem geltenden Abhängigkeitsbegriff keine "wechselseitige Abhängigkeit" geben kann, ist es auch völlig undenkbar, sich "wechselseitige Organgesellschaften" vorzustellen, jedenfalls solange mit dem Begriff der Organschaft ein Subordinationsverhältnis bezeichnet wird. Eine andere Frage ist, ob es nicht richtig wäre, auch koordinierte Unternehmensverbindungen ("Nebenordnung") steuerrechtliche Relevanz zu verleihen (über die Anerkennung "wechselseitigen Schachtelprivilegs" hinaus).

Diese Auffassung ist auch hier vertreten worden ^{393a}.

Die weiteren Einwände, die Boesebeck gegen eine Anwendung von § 114 VI auf wB, die für sich allein beherrschenden Einfluß gewähren würden, vorbringt, sind zwar gegen die direkte Anwendung von § 114 VI aufgrund "wechselseitiger Abhängigkeit" gerichtet, betreffen aber in gleicher Weise die analoge Anwendung dieser Bestimmung.

Boesebeck meint, daß schon durch den folgenden Gedankengang die gegenteilige Auffassung (Hefermehl's) ad absurdum geführt werde: wenn eine Gesellschaft von einer anderen abhängig ist, so sei das nicht deshalb der Fall, weil die andere Gesellschaft von ihr Aktien besitzt, sondern weil diese ihren Stimmrechtseinfluß aus diesen Aktien ausüben könne. Wenn nun - behandelte man beide Gesellschaften als voneinander abhängig - beide Gesellschaften ihr Stimmrecht nicht mehr ausüben könnten, so würde, meint Boesebeck, zugleich der Grund für die Abhängigkeit entfallen und die Gesellschaften wieder unabhängig sein. Man würde sich "also insofern gedanklich im Kreise bewegen, als die Abhängigkeit zum Stimmrechtsausschluß, der Stimmrechtsausschluß zur Unabhängigkeit, die Unabhängigkeit zum Stimmrecht, das Stimmrecht zur Abhängigkeit, die Abhängigkeit zum Stimmrechtsausschluß führen würde - und so ad infinitum" ³⁹⁴. Mestmäcker ³⁹⁵ meinte dazu, daß "dieses Verfahren, eine Rechtsfrage durch logische Deduktionen ohne Rücksicht auf den gesetzgeberischen Zweck ad absurdum zu führen, nicht zu überzeugen" vermöge. Dem wäre zuzustimmen, wenn es "wechselseitige Abhängigkeit" gäbe - die es wenigstens in dem von § 15 II umschriebenen Sinne auch nach Mestmäcker nicht gibt. Auch einer analogen Anwendung von § 114 VI würden diese Erwägungen Boesebeck's wohl nicht entgegenstehen, da sie den Zweck einer solchen analogen Anwendung, den rechtspolitischen Zielen des Gesetzgebers auch in anderen Fällen von Verflechtung durch Beteiligungen, als lediglich in Subordinationsverhältnissen, Geltung zu verschaffen, vereiteln würden, der die analoge Anwendung bei gleicher Interessenlage gerade fordern würde. Boesebeck's Gedankengang erweist aber eines, nämlich daß die von § 114 VI ausgesprochene Folge des Stimmrechtsausschlusses nur bei "einseitigen" Abhängigkeitsverhältnissen die vom Gesetz unmittelbar bezweckte Wirkung entfaltet: der Stimmrechtsausschluß ändert an einem bestehenden "einseitigen" Abhängigkeitsverhältnis nichts, sondern soll nur verhindern, daß

393a) Ebenso Ottmar Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1956, S. 392.

394) Boesebeck aaO S. 402.

395) aaO S. 116 Fußn. 286.

über die "abhängige" Gesellschaft - die ja abhängig bleibt - auf die eigene HV eingewirkt wird. § 114 VI, der bei "einseitigen" Abhängigkeitsverhältnissen also nur die Beziehung des herrschenden zu dem abhängigen Unternehmen in einem bestimmten Punkt einer einschränkenden Regelung unterwirft, das Abhängigkeitsverhältnis als solches aber nicht berührt, würde bei Annahme "wechselseitiger" Abhängigkeit zu einer die "Abhängigkeit" im Sinne Hefermehl's und Winter's bzw. die durch wB geschaffene Koordination bei analoger Anwendung als solche ausschließenden Bestimmung werden, würde also eine Wirkung entfalten, die über seinen ihm ursprünglich zugedachten Zweck weit hinausgehen würde. Das beachtet auch Winter ³⁹⁶ nicht, wenn er meint, daß Poesebeck verkenne, daß dann, wenn die von einer gesetzlichen Vorschrift "bezweckte" Wirkung erreicht werde, nicht die Frage aufgeworfen werden könne, ob diese Vorschrift nicht nunmehr deswegen unanwendbar geworden sei, weil das, was der Gesetzgeber verhindern wollte, nicht mehr eintrete. Die für Abhängigkeitsverhältnisse jedenfalls unmittelbar "bezweckte" Wirkung ist eben eine ganz andere.

Allerdings setzt ja die analoge Anwendung voraus, daß der Gesetzgeber die wB als Mittel der Koordination nur deshalb anerkannt hat, weil er sich der Gefahren dieser Verflechtungsform nicht bewußt gewesen ist.

Boesebeck ³⁹⁷ wendet weiter ein, daß der Stimmrechtsentzug deshalb "keine sinnvolle Lösung" darstellte, weil im Einzelfall so die Einflußmöglichkeit der freien Aktionäre auf die Gesellschaft größer sein könnte, als es dem auf sie entfallenden Kapitalanteil entspräche. Haben die Gesellschaften A und B ein Grundkapital von je DM 1 Mill. - dieses Beispiel bringt Boesebeck - und ist die A an B mit DM 980.000.-, die B an A mit DM 750.000.- beteiligt, so würden die freien Aktionäre der B mit einem Kapital von DM 20.000.- das Stimmrecht allein ausüben können, obwohl - nähme man an, daß wechselseitig DM 750.000.- wirtschaftlich "ins Leere fallen" - die verbleibenden DM 230.000.- allein der A gehören. Winter ³⁹⁸ (aaO S. 63) wendet dagegen aber zu Recht ein, daß der Gesetzgeber diese Folge auch bei einseitigen Abhängigkeitsverhältnissen hingenommen habe, so z.B., wenn A an der B mit 60 % und B an der A mit 30 % beteiligt ist.

Im Hinblick auf die rechtspolitisch gegen wB bestehenden Bedenken

³⁹⁶) aaO S. 63.

³⁹⁷) aaO S. 404.

³⁹⁸) aaO S. 63.

wäre das Ergebnis - die Zubilligung des Stimmrechts nur an die freien Aktionäre - "sinnvoll" ³⁹⁹. Beide Gesellschaften könnten ihre Beteiligungen jedoch auf ein Maß verringern, bei dem beide Beteiligungen für sich betrachtet zur Beherrschung nicht mehr genügen würden, es also zu einem Stimmrechtsausschluß nach geltendem Recht nicht mehr kommen könnte. Nähme man als einen solchen "ungefährlichen" Beteiligungssatz einen von etwa 30 - 40 % wechselseitig an, bei dem das Stimmrecht sicher nicht entfallen könnte, so zeigt sich, daß in diesem Fall über eine koordinierte Gesellschaft gleichwohl auf die eigene HV, wenn auch im Ausmaß weniger bedenklich, Einfluß genommen werden könnte. Die rechtspolitischen Bedenken - Einbruch in die Zuständigkeitsordnung der AG - bleiben bestehen, obwohl auf der anderen Seite bei "einseitigen" Abhängigkeitsverhältnissen der Einbruch in die innere Zuständigkeit der AG in vollem Umfang ausgeschlossen wird. Lehnt man den von Winter ⁴⁰⁰ eingeschlagenen Weg - Ausschluß des Stimmrechts aus wB jeder Höhe bei Koordination - als contra legem ab, so erweist sich wieder, daß § 114 VI seine direkt bezweckte Wirkung befriedigend und damit letztlich sinnvoll nur bei Abhängigkeitsverhältnissen und nicht bei durch wB verbundenen koordinierten Unternehmen erreichen kann. Nach Boesebeck ist - so ist das Fazit seiner Überlegungen, worauf schon hingewiesen wurde ⁴⁰¹ - den "Mißhelligkeiten", die sich aus wB ergeben können, auch schon deshalb "mit den Konstruktionsmitteln des geltenden Aktienrechts jedenfalls nicht beizukommen" ⁴⁰², weil der Gesetzgeber "bei seiner rechtspolitischen Konzeption bewußtermaßen auf halbem Wege stehengeblieben ist" ⁴⁰³. Während der Gesetzgeber in "rechtspolitisch auf ähnlicher Ebene liegenden Fragen eingegriffen habe", habe er, was wB betreffe, "wie die Begründung ergibt, mit voller Absicht davon abgesehen" ⁴⁰⁴. Es gäbe also nicht nur keine "wechselseitige Abhängigkeit", sondern darüber hinaus träfen auch die rechtspolitischen Erwägungen des Gesetzgebers für

399) So auch Rasch aaO S. 117 Fußn. 256, der meint, daß zwar die Zubilligung des Stimmrechts nur an die freien Aktionäre keine sinnvolle Lösung zu sein scheine, aber in der Regel sei eben auch die wechselseitige Verflechtung sinnwidrig.

400) aaO S. 65 ff; vgl. oben S. 119ff.

401) Oben S. 116.

402) Boesebeck aaO S. 404.

403) Boesebeck ZKredW 1956, 766.

404) Boesebeck DB 1955, S. 402. Aus diesem Grunde nimmt Boesebeck aaO S. 401/402 auch an, daß die in der Iduna-Entscheidung vertretene Auffassung durch schlüssiges Schweigen positives Aktienrecht geworden sei, vgl. dazu oben S. 51 ff.

die Behandlung mittelbar eigener Aktien, das Erwerbsverbot des § 65 V und die Stimmrechtsversagung des § 114 VI im Falle wB nicht zu; die Auffassung der amtlichen Begründung zur wB entspreche daher auch der rechtspolitischen Zielsetzung des Aktiengesetzgebers ⁴⁰⁵.

Die rechtspolitischen Gründe für die Behandlung eigener Aktien seien zweifacher Art. Einmal stelle der Erwerb eigener Aktien zugleich eine Art Einlagenrückgewähr dar, die zu einer Gefährdung der Gläubiger führe. Zum anderen würden die Aktionäre, denen die Aktien abgekauft würden, aus dem Kapitalrisiko entlassen und damit zugunsten der anderen Aktionäre bevorzugt. Im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft sei der erste der beiden rechtspolitischen Gesichtspunkte, der der unzulässigen Einlagenrückgewähr, vom Gesetz nicht durchgeführt ⁴⁰⁶; wenn die AG A an der AG B mit 30 % beteiligt sei, diese also nicht beherrsche, könne die B ebenfalls 30 % der A erwerben. Sie könne das, obwohl die A, die von den Ausnahmen des § 65 I abgesehen, keine einzige eigene Aktie erwerben könne, auf diese Weise wirtschaftlich über die AG B 30 % von 30 %, also 9 % eigene Aktien erwerbe, wie es umgekehrt auch die B tue. Beide Gesellschaften könnten auch aus diesen Aktien abstimmen, obwohl 9 % dieser Aktien jeweils der anderen Gesellschaft "wirtschaftlich" gehörten. Später meint Boesebeck ⁴⁰⁷ dann, daß den Bedenken der wirtschaftlichen Einlagenrückgewähr "bis zu einem gewissen Grade ... mittelbar dadurch Rechnung getragen (wird), daß der Erwerb von Aktien durch eine abhängige Gesellschaft untersagt ist". Dem zweiten rechtspolitischen Gesichtspunkt, dem der Gefährdung nichtverkaufender Aktionäre durch mißbräuchlichen Aktienerwerb, sei hingegen bis zu einem gewissen Grad auch im Verhältnis zwischen "Mutter- und Tochtergesellschaft" Rechnung getragen, "aber auch nur, wenn die Tochtergesellschaft dem Willen der Mutter unterworfen ist, also keinen eigenen Willen hat". Denn dann gelten für sie die gleichen Beschränkungen bezüglich des Erwerbs und des Stimmrechts, wie sie für den Erwerb eigener Aktien vorgeschrieben sind, weil "hier die gleichen Mißbrauchsgefahren bestehen" ⁴⁰⁸. "Weder soll die keiner eigenen Willensentschließung fähige abhängige Gesellschaft zum Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft mißbraucht werden, die diese nicht selber erwerben dürfte, noch soll sie mit diesen Aktien abstimmen dürfen, eben weil die Abstimmung nicht nach ihrem eigenen Willen, sondern dem der sie beherrschenden Muttergesellschaft erfolgen würde". (Unterstreichung vom Verfasser)

405) aaO S. 402.

406) aaO.

407) ZKredW 1956 S. 767.

408) DB 1955 S. 402 und später präzisiert in ZKredW 1956, S. 767.

Wenn nun "aber die beiden Gesellschaften wechselseitig einen gleichen Einfluß gewährenden Aktienbesitz haben, schlagen diese rechtspolitischen Erwägungen nicht durch, auch dann nicht, wenn dieser Aktienbesitz für sich allein betrachtet zur Beherrschung der anderen Gesellschaft genügen würde", denn der wechselseitige Einfluß neutralisiere sich, beide Gesellschaften seien auf Verständigung angewiesen, die Gefahr des Mißbrauchs einer abhängigen willensunterworfenen Gesellschaft bestünde nicht mehr.

Zwar sieht auch Boesebeck ⁴⁰⁹, daß die Kritik an wB sich im Grunde gegen die gegenseitige Verständigung richtet, also dagegen, daß die Vorstände in der Regel einig sein werden und damit "in der Lage seien, mittelbar die HV beider Gesellschaften zu beherrschen". Boesebeck will jedoch diese Bedenken, die er in seiner späteren Schrift zur wB als "Verschiebung des Kräftespiels" ⁴¹⁰ zugunsten der Verwaltung und zum Nachteil der freien Aktionäre versteht, nur rechtspolitisch gelten lassen. Denn der Gesetzgeber habe die Bedenken gegen eine Verschiebung des Kräftespiels in der AG direkt gar nicht "beachtet" ⁴¹¹; er habe diesen Bedenken nur mittelbar Rechnung getragen als er einer abhängigen Gesellschaft verbietet, mit Aktien der sie beherrschenden Gesellschaft in deren HV abzustimmen. Er habe dabei nur die Gefahr eines Mißbrauchs einer abhängigen Gesellschaft im Auge gehabt.

Boesebeck ist zuzustimmen, wenn er sagt, daß die in dem Kriterium der "Abhängigkeit" zum Ausdruck kommenden spezifischen rechtspolitischen Vorstellungen des Gesetzgebers auf koordinierte wechselseitig beteiligte Unternehmen nicht zutreffen: der Mißbrauch einer "willensunterworfenen" Gesellschaft scheidet bei koordinierten Unternehmensverbindungen aus. Nichtsdestoweniger ist der Begriff der "Abhängigkeit" nur das gesetzgeberische Mittel, um eben bei Subordinationsverhältnissen Gefahren zu begegnen, die für das Grundkapital, die Aktionäre (d.h. ihre gleiche Behandlung) und die freie Willensbildung in der HV bestehen. Aus der Regelung des AktG geht nur soviel hervor, daß der Gesetzgeber diese grundlegenden Gefahren bei Abhängigkeitsverhältnissen als gegeben ansah und sie verfolgen wollte. Ob aber seine Zielsetzung nicht dahin ging, diese Bedenken in "konzernmäßigen Verflechtungen" umfassend zur Geltung zu bringen und er nur irrig annahm, diese Gefahren bestehen nur bei wB zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen und nicht bei wB zwischen koordinierten Unternehmen, geht aus der Regelung des

409) So schon DB 1955 S. 403. Später klarer ZKredW 1956 S. 767.

410) ZKredW aaO.

411) aaO.

Gesetzes und der Begründung nicht hervor. Insoweit stehen Boesebeck's Ausführungen auch einer analogen Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig für sich betrachtet beherrschende Beteiligungen nicht entgegen - wie an früherer Stelle schon festgestellt wurde.

10) Zusammenfassung

1. Unternehmen mit wechselseitigem, jeweils für sich betrachtet, beherrschenden Einfluß gewährenden Beteiligungen sind im Sinne von § 15 II AktG nicht voneinander "abhängig". Es gibt keine "wechselseitige oder gegenseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II AktG.

2. Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind daher im Sinne von § 15 II AktG "unabhängig", sie können sich nicht gegenseitig ihren Willen aufzwingen, d.h. sich gegenseitig "beherrschen". Sie sind vielmehr auf Verständigung angewiesen.

3. Sich verständigende wechselseitig beteiligte Unternehmen sind koordinierte Unternehmen im Gegensatz zu herrschenden und abhängigen Unternehmen im Sinne des § 15 II AktG, die sich in einem Subordinationsverhältnis befinden.

4. Die Bemerkungen von RG 149, 308 zur Frage der "Abhängigkeit" wechselseitig beteiligter Unternehmen, die sich für das Recht des HGB und der Aktienrechtsnovelle von 1931 als richtig erweisen, erweisen sich auch für das geltende Recht als zutreffend. Sie haben durch das Aktiengesetz ihre maßgebliche Grundlage nicht verloren.

5. Der Versuch, wB durch Rechtsanwendung praeter legem zu beschränken, hat folgende Grenzen zu beachten:

- a) Zunächst sind wB zulässig, solange nicht ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder ein Tatbestand gegeben ist, der eine analoge Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig beteiligte Unternehmen zuläßt, die sich nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, sondern koordiniert sind. Der von Winter eingeschlagene Weg einer Anwendung der für Übernahme und Erwerb eigener Aktien geltenden Grundsätze auf die Begründung wB ist mit dem geltenden Aktienrecht nicht vereinbar.
- b) Die analoge Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig beteiligte Unternehmen darf nicht zu einer generellen - wenn auch praeter legem erreichten - Anwendung der für Subordinationsverhältnisse geltenden Bestimmungen auf Koordinationsverhältnisse führen. Einer Beschränkung unterworfen

werden können somit nur wechselseitige für sich allein betrachtet beherrschende Beteiligungen. Die abweichende Ansicht von Winter ist mit dem geltenden Aktienrecht ebenfalls nicht vereinbar.

6. a) Die Möglichkeit einer analogen Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wB zwischen koordinierten Unternehmen ist im neueren Schrifttum (so der Sache nach von Mestmäcker und Würdinger und ausdrücklich von Winter) vornehmlich in der Frage der Stimmrechtsausübung untersucht worden.

b) Sie ist in gleicher Weise aber auch zu fordern, soweit die weitere Übernahme und der weitere Erwerb von Aktien durch wechselseitig beteiligte Unternehmen - also die Anwendung der §§ 52 II und 65 V - in Frage steht. Die diesen Bestimmungen zugrundeliegenden Grundvorstellungen des Gesetzgebers - was die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals betrifft -, die in der für Abhängigkeitsverhältnisse aufgestellten Regelung des AktG scheinbar zurückgestellt sind gegenüber dem Ziel, den Mißbrauch einer willensunterworfenen Gesellschaft zu verhindern, treffen auch auf wechselseitig beteiligte koordinierte Unternehmen zu.

c) Endlich ist auch eine analoge Anwendung der für herrschende und abhängige Unternehmen geltenden Publizitäts- und Auskunftspflichten (§§ 95 II, 112 I, 128 II 1, 2 und 8, 131 I A III 5, 9, B V 7, 131 VI) auf koordinierte Unternehmen zu fordern, die wechselseitig für sich allein betrachtet beherrschend beteiligt sind ⁴¹².

7. Eine analoge Anwendung der für Abhängigkeitsverhältnisse geltenden Bestimmungen auf Unternehmen, zwischen denen wechselseitige, für sich allein betrachtet, beherrschende Beteiligungen bestehen, erscheint deshalb möglich, weil angenommen werden kann, der Gesetzgeber habe den gegen konzernmäßige Verflechtungen bestehenden Bedenken umfassend begegnen wollen und sei sich nur der Gefahren wB zwischen koordinierten Unternehmen nicht bewußt gewesen, so daß die Wahl des Kriteriums der Abhängigkeit und der Hinweis der amtlichen Begründung zur wB nicht für eine bewußte, in Erkenntnis der Problematik vorgenommene unterschiedliche rechtspolitische Wertung wB zwischen Unternehmen, die sich in einem Über- und Unterordnungsverhältnis befinden und wB zwischen Unternehmen, die sich in einem Gleichordnungsverhältnis befinden, sprechen.

(Allerdings hat die Möglichkeit einer analogen Anwendung ihre Grenze in der Konzernsystematik zu finden - wie unter 5. b) fest-

412) "Jede andere Lösung" - darin ist Adler aaO (WTr 1936, 214) Recht zu geben - "würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, daß gerade die allerstärkste wirtschaftliche Verflechtung zwischen zwei Unternehmungen nicht im Geschäftsbericht und dem Jahresabschluß einer Aktiengesellschaft zum Ausdruck zu kommen braucht".

gestellt wird. Die Analogie ist gerade nur in den Grenzen des Grundgedankens der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen möglich).

8. Die für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen verlieren allerdings bei ihrer Anwendung auf beide (koordinierte) Unternehmen die ihnen immanente und auch vom Gesetzgeber gewollte Zweckbestimmung. Der Stimmrechtsentzug löst die konzernmäßige Verbindung von gerade durch wB und nicht durch andere Mittel koordinierten Unternehmen, wogegen er bei Abhängigkeitsverhältnissen die Unternehmensverbindung unberührt läßt.

9. Das Problem wB ist auch durch diese nur sehr eingeschränkt mögliche Rechtsanwendung praeter legem nur unbefriedigend gelöst.

- a) Die wechselseitige Aktienübernahme und der wechselseitige Aktien-erwerb werden erst einer Beschränkung unterworfen, wenn schon wechselseitige Mehrheitsbeteiligungen oder für sich betrachtet, wechselseitig beherrschende Beteiligungen gegeben sind. Die bei Koordination dem Unternehmen gegebene Möglichkeit einer Umgehung der für den Erwerb eigener Aktien geltenden Schranken kann nicht ausgeschlossen werden.
- b) Ebenso kann nicht die koordinierten Unternehmen auch bei für sich betrachtet nicht beherrschenden wB offenstehende Möglichkeit einer Beeinflussung der eigenen HV ausgeschlossen werden.

10. So kann die analoge Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen auf wechselseitig beteiligte Unternehmen nur eine letztlich unbefriedigende Notlösung ^{412a} sein. Sie erweist die

412a) Als Notlösung gedacht ist wohl auch die Ansicht, die der RegE in der Begründung zu § 6 des Entwurfs zu einem Einführungsgesetz zum Aktiengesetz (S. 314) zur wB nach geltendem Recht äußert: folgte man nicht der nach Meinung des RegE "herrschenden Ansicht", daß bei Vorliegen eines "beiderseitigen Abhängigkeitsverhältnisses" die Vorschriften für herrschende und abhängige Unternehmen auf wechselseitig beteiligte Unternehmen anzuwenden seien - dieser Ansicht schließt sich der RegE an - so müßte gleichwohl "eine wechselseitige Beteiligung als mißbräuchliche Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten angesehen werden, weil sie die Verwaltungen der beteiligten Unternehmen der Kontrolle durch die eigentlichen Anteilseigner entzieht". Der RegE schließt sich hier einer Äußerung von Rasch ("Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht", Gutachten für den 42. DJT, Bd. I 3, Tübingen 1957, S. 44) an, nach der eine planmäßig herbeigeführte gegenseitige Verschachtelung von AG - nur diese sei rechtspolitisch von Bedeutung - einen - Rasch gebraucht hier die Formulierung des Steuerrechts (§ 6 StAnpG) - typischen Fall des "Mißbrauchs von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts" darstelle. Soweit hier nicht nur gesagt werden soll, daß - wie im Anschluß an Serick aaO S. 208 gesagt werden könnte - zwei Gesellschaften sich dann nicht auf die Scheidung von juristischer Person und Mitglied berufen können, wenn s u b j e k t i v ein Mißbrauchstatbestand gegeben ist, kann in dieser Auffassung keine brauchbare Lösung des Problems gesehen werden. Keine Lösung kann umhin, zu untersuchen, wie der Gesetzgeber u n d das Gesetz zu der Frage der wB stehen. Auch ist, soweit ein Gesetz ein bestimmtes Lebensgebiet, wie hier

Unmöglichkeit, aus dem AktG befriedigende Antworten auf die Fragen zu geben, die sich aus der wirtschaftlichen Verflechtung von Aktiengesellschaften ergeben und die der Gesetzgeber direkt nicht geregelt hat. Die Lösung der sich aus wB ergebenden Probleme muß unbefriedigend bleiben, solange nicht contra legem die Ausfüllung rechtspolitischer Lücken versucht, sondern eine Lösung in den Grenzen der Konzernsystematik des AktG angestrebt wird.

§ 5

Rechtspolitische Bedenken gegen wB

Die wB ist problematisch unter dem Gesichtspunkt der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals und unter dem weiteren Gesichtspunkt der Verwaltungsstimmen, ist also im Hinblick auf die Sicherung des Grundkapitals auf der einen Seite und auf der anderen im Hinblick auf die wechselseitige Ausübung des Stimmrechts zu untersuchen.

I. Gefahren wB für das Grundkapital

1. Die wechselseitige Übernahme von Aktien

Beispiel: Die AG A erhöht ihr Grundkapital von 2 Mill. DM um 1 Mill. DM unter Ausschluß des Bezugsrechts. Die AG B übernimmt die neuen Aktien zum Nennwert. Sie erhöht ihrerseits ihr Grundkapital von ebenfalls 2 Mill. DM um 1 Mill. DM ebenfalls unter Ausschluß des Bezugsrechts. Diese Aktien übernimmt nun A. Überwiegend wird im Schrifttum ⁴¹³ erklärt, daß auf diese Weise die Einlage der B an A in voller Höhe wieder an B zurückfließe. Die gleiche "zwischen zwei Gesellschaften hin und her wandernde Einlage" ⁴¹⁴ werde somit

412a) das Konzernrecht, regelt - wenn auch nicht abschließend -, eine Lösung im Rahmen dieses Gesetzes zu suchen.

413) Würdinger aaO S. 215; Mestmäcker aaO S. 114, klarer S. 148/9; RefE Begr. S. 199; RegE Begr. S. 103; Kropff aaO S. 15; Boesebeck "Regelung der wechselseitigen Beteiligung im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes" BB 1959, 15.

414) Formulierung von Kropff aaO. Ebenso RefE aaO und RegE aaO.

mehrfach zur Kapitalaufstockung verwendet. Beide Gesellschaften hätten zwar ein um 50 % erhöhtes Grundkapital. Dieser wechselseitigen Erhöhung des Grundkapitals entspreche als aktiver Vermögenszuwachs aber nur der Erwerb der Beteiligung an der anderen Gesellschaft, die aber keine echte Deckung darstelle, da beiden Gesellschaften keine weiteren Mittel zugeflossen seien.

Der gleiche Erfolg könnte erreicht werden durch eine gleichzeitige Kapitalerhöhung beider Gesellschaften. Hier bedürfte es - bei wechselseitiger Übernahme der Aktien - noch nicht einmal einer "hin und her wandernden Einlage" zur Durchführung der Kapitalerhöhungen. Es genüge - ist das Grundkapital beider Gesellschaften nicht gleich hoch bzw. der Ausgabekurs der Aktien verschieden - ein Ausgleich der Wertdifferenz.

Andererseits wird erklärt ⁴¹⁵, daß beide Gesellschaften - bezogen auf das angenommene Beispiel - nach der gegenseitigen Kapitalerhöhung wirtschaftlich gesehen 33 % von 33 % also etwa 10,9 % eigener Aktien besäßen. Darin zeige sich die rechtspolitische Verwandtschaft der wechselseitigen Aktienübernahme mit der Übernahme eigener Aktien. Gegenüber der Feststellung, daß durch die gegenseitige Kapitalerhöhung beide Gesellschaften keine neuen Mittel erlangt hätten, scheint mit dieser zweiten Überlegung - daß die wB zu einem mittelbaren Erwerb eigener Aktien führe - doch gesagt zu sein, daß nur insoweit, als jede Gesellschaft durch die wB mittelbar an sich selbst beteiligt werde, ihr keine neuen Mittel zugeflossen seien. Auf das angenommene Beispiel bezogen, besäße jede Gesellschaft wirtschaftlich 10 % von 3 Mill. DM Grundkapital, also DM 300.000.- eigener Aktien. Im übrigen erhielte jede Gesellschaft "für die geleistete Einlage tatsächlich eine Gegenleistung in der Form eines Wertanteils am Vermögen der anderen Gesellschaft" ⁴¹⁶, so daß sich die Sicherheit der Gläubiger der Gesellschaft erhöhte.

Mit diesen Überlegungen wendet sich Winter ⁴¹⁷ gegen die Annahme des überwiegenden Schrifttums, daß durch die gegenseitige Aktienübernahme keine der Gesellschaften neue Mittel erlange. Zu diesem Ergebnis könne man nur kommen, wenn man davon ausginge, "daß die Vermögen der verbundenen Gesellschaften im Hinblick auf den Gläubigerschutz als wirtschaftliche Einheit zu behandeln seien". Be-

415) So namentlich Boesebeck ZKredW 56, 767 ff und BB 59, 15; Würdinger aaO S. 215; Mestmäcker aaO S. 114 und Winter aaO S. 39 ff und 44 ff.

416) Winter aaO S. 45.

417) aaO S. 39 ff, insbesondere S. 41/42 und zur "wechselseitigen Übernahme von Aktien" S. 45/46.

trachte man "dagegen die Auswirkungen für das Vermögen jeder Gesellschaft gesondert", so zeige sich, daß die "Leistung der Einlage" nur "in dem Umfange (wirtschaftlich) zu Lasten der Leistungsempfängerin, d.h. der ihr Kapital erhöhenden Gesellschaft (geht), in dem diese infolge der Übernahme ihrer Aktien durch die andere Gesellschaft mittelbar an sich selbst beteiligt wird". Die von den Gesellschaften geleistete Einlage werde wegen der entstehenden WB "durch die ihr Kapital erhöhende Gesellschaft im Ergebnis m i t - f i n a n z i e r t " und zwar in dem Umfang, in dem mittelbar eigener Aktienbesitz begründet werde. Der Vermögenszuwachs bleibe zwangsweise (in diesem Umfang) hinter dem Betrage der Kapitalerhöhung zurück ⁴¹⁸.

Der scheinbare Widerspruch in der rechtspolitischen Würdigung WB durch das Überwiegende Schrifttum - auf der einen Seite kein Erwerb neuer Mittel durch wechselseitige Aktienübernahme, auf der anderen Seite Erwerb mittelbarer eigener Aktien nur in dem prozentualen Verhältnis, in dem die ggsB zueinander stehen und somit scheinbarer Erwerb neuer Mittel in Form eines Wertanteils am Vermögen der anderen Gesellschaft - ist von Winter zutreffend erkannt worden. Es ist aber wohl zunächst nicht so, daß das Überwiegende Schrifttum - wenn es die Auswirkungen der Begründung WB für beide Unternehmen gemeinsam betrachtet - von einem "einheitlichen Haftungsstock" ausgeht. Es betrachtet nur, soweit die Auswirkungen WB in Frage stehen, das Vermögen beider als wirtschaftliche Einheit. Das tut aber auch Winter. Denn wenn er davon spricht, daß "das wirtschaftliche Ergebnis" der Begründung WB die mittelbare Beteiligung jeder Gesellschaft an sich selbst ist, er also einer Gesellschaft Aktien, die eine andere von ihr besitzt, in einem bestimmten Verhältnis als eigene zurechnet, behandelt er doch beide Unternehmen als wirtschaftliche Einheit ⁴¹⁹. Er b e t r a c h - t e t nur die A u s w i r k u n g e n WB g e s o n d e r t . Winter kommt aufgrund seiner Überlegung zu dem Ergebnis, daß jede Gesellschaft für ihre geleistete Einlage jedenfalls in der Höhe, in der sie nicht mittelbar an sich selbst beteiligt wird, eine Gegenleistung in der Form eines Wertanteils am Vermögen der anderen Gesellschaft erhalte, so daß sich die Sicherheit der Gläubiger der Gesellschaft erhöhe ⁴²⁰. Wenn es auch richtig ist, daß jede Gesell-

418) aaO S. 45, ebenso die folgenden Zitate.

419) Winter geht sogar noch weiter: er behandelt beide Unternehmen auch rechtlich als Einheit, insoweit er die Begründung WB für verboten hält, aaO S. 51 ff; vgl. oben S. 40 ff.

420) aaO S. 45.

schaft einen Wertanteil am Vermögen der anderen Gesellschaft erhält, so erhöht sich damit doch die Sicherheit i h r e r Gläubiger nur scheinbar. Denn einen entsprechenden Wertanteil an ihrem Vermögen - das bisher nur ihren Gläubigern zur Sicherheit diene - erhält ja auch das a n d e r e Unternehmen. I h r Vermögen dient nunmehr also auch mittelbar den Gläubigern der a n d e r e n Gesellschaft zur Sicherheit. Das wird deutlich an einem Beispiel. Man nehme an, zwei AG A und B haben ein Grundkapital von je DM 100.000.- und erhöhen es um je DM 100.000.- auf DM 200.000.-. Übernehmen sie gegenseitig unter Ausschluß des Bezugsrechts die neuen Aktien, so fließen beiden, betrachtet man sie gemeinsam, keine neuen Mittel zu (unter der Voraussetzung, daß der Ausgabekurs gleich hoch ist). Nach Winter hätten beide 50 % von 50 % also 25 % gleich DM 50.000.- eigener Aktien und damit in Höhe der restlichen Einlage von DM 50.000.- einen Wertanteil am Vermögen der anderen Gesellschaft erworben. Die Erhöhung der Sicherheit der Gläubiger der e i n e n Gesellschaft in Höhe des Wertanteils an der a n d e r e n Gesellschaft wird aber aufgewogen dadurch, daß umgekehrt für die Gläubiger der a n d e r e n Gesellschaft das gleiche gilt.

Nun kann man gegen diese Überlegung zu Recht einwenden, sie lasse außeracht, daß die Gläubiger jeder Gesellschaft durch den Wertanteil, den die andere Gesellschaft erhält, nicht berührt werden; denn es erhöht sich dadurch ja nur die Zahl der Aktionäre und nicht die der Gläubiger. Der anderen Gesellschaft und damit deren Gläubigern stehe im Falle eines Konkurses doch nur der Liquidationserlös zu. Zunächst würden die Gläubiger der Gesellschaft selbst befriedigt. Das Vermögen der Gesellschaft diene also den Gläubigern der anderen Gesellschaft über deren Wertanteil erst auf einer späteren Stufe als Sicherheit ⁴²¹. Abgesehen davon, daß das ja für die Gläubiger jeder Gesellschaft gilt, bliebe im Sinne Winters also doch die erhöhte Sicherheit.

Und doch erweist die obige Überlegung, nach der beiden Gesellschaften ein entsprechender Wertanteil zuwächst, daß die Gläubiger jeder Gesellschaft in Wirklichkeit doch keine erhöhte Sicherheit erhalten. Man muß nur an den extremen Fall eines Konkurses b e i d e r Gesellschaften denken: hier würden die wB aufgelöst werden und sich deutlich zeigen, daß die den wB entsprechenden Wertanteile - also die wechselseitigen Liquidationserlöse -, die hier den Gläubigern jeder Gesellschaft zunächst "zufließen", sich gegenseitig aufheben.

421) Darin unterscheidet sich der Fall "wechselseitiger Aktienzeichnung" von dem etwa als Parallele zu denkenden Fall einer wechselseitigen Zeichnung von Obligationen.

Entsprechendes würde im Falle einer Fusion der beiden Gesellschaften gelten: die übernehmende oder neugebildete Gesellschaft hätte in dem angenommenen Beispiel ein Vermögen von DM 200.000.-, dem ein Grundkapital von DM 200.000.- entsprechen müßte. Die scheinbar erhöhte Sicherheit der Gläubiger jeder Gesellschaft - hier läge allerdings nun eine Einheit beider Gesellschaften vor, anders als im Fall des Konkurses - wäre in sich zusammengefallen.

Es muß also doch gegen Winter angenommen werden, daß beiden Gesellschaften keine oder nur scheinbar neue Mittel zufließen und die Sicherheit der Gläubiger jeder Gesellschaft sich nur scheinbar, in Wirklichkeit gar nicht, erhöht. Der Eindruck einer erhöhten Sicherheit kann auch nur dadurch entstehen, daß - jede Gesellschaft gesondert betrachtet - der Wertanteil, der j e d e r Gesellschaft zufließt und der Wertanteil, der für die andere Gesellschaft an i h r e m Vermögen begründet wird eine verschieden s t u f i g e Sicherheit gewähren und erst im Falle eines Konkurses b e i d e r Gesellschaften oder einer Fusion sich klar zeigt, daß sie sich, weil nunmehr auf gleicher Stufe, gegenseitig aufheben.

Somit ist es allein richtig, davon auszugehen, daß grundsätzlich durch die wechselseitige Aktienübernahme beide Gesellschaften keine neuen Mittel erhalten und sich somit die Sicherheit der Gläubiger jeder Gesellschaft nicht erhöht. Das Vermögen der Gesellschaften wird nicht erhöht. Es steht nur, anders als vorher, das Vermögen jeder Gesellschaft nicht mehr nur ihren eigenen Gläubigern, sondern mittelbar - über die Beteiligung der anderen Gesellschaft - auch den Gläubigern der jeweils anderen Gesellschaft zu, ohne daß damit über die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffes etwas gesagt ist. Das gilt selbstverständlich "grundsätzlich" nur, wenn die wB in ihrem Verhältnis zum Grundkapital wie in ihrem Nennbetrag gleich hoch sind und auch der Ausgabekurs nicht verschieden ist. Aber auch wenn das, wie praktisch wohl in der Regel, nicht der Fall ist, tritt zumindest - das ist gegen Winter wesentlich vorzubringen - eine Erhöhung der Sicherheit für die Gläubiger nur e i n e r der beiden Gesellschaften ein. Soweit die, im Sinne Winter's, den Gesellschaften zufließenden Wertanteile am Vermögen der anderen Gesellschaft (in der Höhe der Einlage abzüglich des Betrages mittelbar eigener Aktien) - die sich bei verschieden hohem Nennbetrag oder verschieden hohem Ausgabekurs der wechselseitig übernommenen Aktien

um einen als Differenzbetrag bezahlten bzw. erhaltenen Barbetrag mindern bzw. erhöhen - sich decken, tritt keine Erhöhung der Sicherheit der Gläubiger beider Gesellschaften ein. Nur soweit sie sich nicht decken, fließen der einen Gesellschaft neue Mittel zu. Um diesen Zuwachs an Mitteln vermindert sich entsprechend aber die Sicherheit der Gläubiger der anderen Gesellschaft.

Gegen Winter ist also festzustellen, daß bei wechselseitiger Übernahme von Aktien neue Mittel allenfalls einer Gesellschaft zufließen und zwar nur in der Höhe, in der die beiden Gesellschaften zukommenden Wertanteile sich nicht decken und nicht, wie Winter meint, in der Höhe des Teils der "Einlage", in der keine mittelbare Beteiligung an sich selbst erworben wird. Es ist also nicht so, daß jede Gesellschaft die eigene Kapitalerhöhung nur in dem Umfang wirklich "mitfinanziert", in dem sie mittelbar eigene Aktien erwirbt. Deutlich wird die Gefahr einer wechselseitigen Kapitalerhöhung daher erst, wenn man die *g e s o n d e r t* festgestellten Wirkungen in ihrer Wechselbezüglichkeit betrachtet. Das Ergebnis ist also kein anderes als das einheitlicher Betrachtung. Hervorzuheben ist jedoch, daß die Wirkungen der wB auf das Grundkapital unabhängig davon eintreten, ob beide Unternehmen konzernmäßig verbunden sind oder nicht.

Die wechselseitige Aktienzeichnung gefährdet also die Aufbringung des Grundkapitals. Dieses wird in krasseren Fällen "aufgebläht" (Kropff ⁴²²). Die Folge ist ein unrichtiger Ausweis des Grundkapitals, da der Kapitalerhöhung als Vermögenszuwachs nur der Erwerb der wechselseitigen Beteiligungen entspricht, die Kapitalerhöhung bei beiden Gesellschaften damit ohne wirkliche Deckung erfolgt.

2. Der wechselseitige Erwerb von Aktien

Beispiel: Die AG A mit DM 1 Mill. Aktienkapital und Vermögen gründet die Gesellschaft B mit ebenfalls DM 1 Mill. Aktienkapital und übernimmt diese Aktien. Ihr aktives Vermögen besteht nur noch aus ihrer Beteiligung an B. Nun kauft B - angenommen, sie wäre dazu als abhängiges Unternehmen berechtigt - sämtliche Aktien der A von deren Aktionären auf. Danach besteht ihr Vermögen nur noch aus der 100 %igen Beteiligung an A. Beide Gesellschaften haben ein voll eingezahltes Grundkapital von DM 1 Mill., das gedeckt wird nur durch die Beteiligung an der anderen Gesellschaft. Beiden Beteiligungen

steht aber bei der jeweils anderen Gesellschaft nicht 1 Mark Barvermögen gegenüber, beide Beteiligungen sind also völlig wertlos ⁴²³.

Zu diesem Ergebnis kann es auch so kommen:

Beispiel: Die Gesellschaften B und C sind 100 %ige Töchter der AG A. Beide haben ein Grundkapital von DM 1 Mill. und ein Vermögen in der gleichen Höhe. Die A hat ein Grundkapital von DM 2 Mill., das gedeckt wird durch die 100 %igen Beteiligungen an B und C. A verkauft nun gleichzeitig die Beteiligung bei B an C und die Beteiligung bei C an B ⁴²⁴. Das Ergebnis wäre dem im ersten Beispiel gleich: beide Gesellschaften hätten je DM 1 Mill. eingezahltes Aktienkapital, gedeckt nur durch die ggsB. Beide hätten nicht 1 Mark Bargeld.

Diese Beispiele zeigen, wie der wechselseitige Ankauf von Aktien durch zwei Gesellschaften die Erhaltung des Grundkapitals - d.h. seine echte Deckung - gefährdet. In krassen Fällen wird das Garantiekapital "ausgehöhlt" (Kropff ⁴²⁵). Wie die ggs Zeichnung von Aktien bewirkt der ggs Erwerb "am Ende den Ausweis eines Kapitals, das teilweise oder sogar überwiegend nur durch die Beteiligung an der anderen Gesellschaft belegt, insoweit also ohne echte Deckung ist" (Kropff ⁴²⁶).

Wie der Erwerb eigener Aktien stellt sich der ggs Aktienerwerb dar als wirtschaftliche, mittelbar über eine andere Gesellschaft erfolgte Einlagenrückgewähr ⁴²⁷, widerspricht also dem aktienrecht-

423) Dieses Beispiel brachte schon v.Hofmannsthal ZBH 128, 401 ff, 402.

424) Beispiel von Boesebeck ZKredW 1956 S. 767 nach dem Iduna-Fall gebildet. Ein solcher gleichzeitiger Erwerb würde nach wohl noch überwiegender aber kaum haltbarer Auffassung nicht zur Anwendung der für abhängige Unternehmen geltenden Bestimmungen führen.

425) aaO S. 15.

426) aaO; ebenso RegE Begr. S. 103 und RefE Begr. S. 199.

427) So v.Hofmannsthal, ZBH 1928, 402; Boesebeck ZKredW 1956, 767; und BB 1959, 15; Würdinger aaO S. 215 und "Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?", Referat auf dem 42. DJT, Bd. II/F, Tübingen 1959, S. 20; Kropff aaO; RefE aaO; RegE aaO; Mölich, AG 1957, 221 (225); Ballerstedt, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 2, 1960, S. 871 ff (902); Winter aaO S. 46 ff.

lichen Grundsatz der Bindung des Gesellschaftsvermögens⁴²⁸. Die Folge ist ein unrichtiger Ausweis des Grundkapitals⁴²⁹ und eine Beeinträchtigung der Liquidität⁴³⁰.

Während Kropff u.a. davon sprechen, daß der ggs Aktienerwerb zum Ausweis eines Kapitals führe, das "teilweise oder sogar überwiegend nur durch die Beteiligung an der anderen Gesellschaft belegt, insoweit also ohne echte Deckung ist"⁴³¹, wird andererseits auch hier wieder im Schrifttum eine verhältnismäßige Zurechnung von Aktien der anderen Gesellschaft als eigene Aktien vorgenommen.⁴³² Man spricht an sich richtig davon, daß z.B. bei einem wechselseitigen Erwerb von 40 % ihres Grundkapitals beide Gesellschaften wirtschaftlich 16 % eigene Aktien besäßen und damit 16 % ihres Grundkapitals zurückgewährt hätten. Im extremsten Fall einer wB von 100 % hätten beide Gesellschaften 100 % ihres Garantiekapitals zurückgewährt, wie es die angeführten Beispiele zeigten.

Winter⁴³³ wendet auch beim ggs Aktienerwerb wieder gegen Kropff ein, daß nur in dem Umfang, in dem die Gesellschaften mittelbar an sich selbst beteiligt werden, eine Einlagenrückgewähr erfolge, bei den Gesellschaften also nur insoweit kein neuer Vermögenswert als Ausgleich für den Kaufpreis zufließe. Im übrigen erhielten beide für die als Kaufpreis aufgewandten Mittel einen effektiven Gegenwert. Konsequenterweise müßte Winter eine Entwertung der Kapitalgarantie und eine Einlagenrückgewähr als ausgeschlossen annehmen, wenn der Kaufpreis um den Betrag niedriger wäre, der dem Erwerb der Beteiligung an sich selbst entspräche. Winter⁴³⁴ untersucht diese Frage auch, will aber den Ausschluß einer Einlagenrückgewähr nur bei g l e i c h z e i t i g e m gegenseitigem Aktienerwerb annehmen. Er geht von dem Beispiel aus, daß zwei Gesellschaften ein eingezahltes Grundkapital und Vermögen von

428) Ebenso Ballerstedt aaO S. 902 und Winter aaO S. 52; allgemein zum Grundsatz der Bindung des Gesellschaftsvermögens (der in erster Linie im Interesse der Gläubiger die Erhaltung des Garantiekapitals bezweckt, daneben aber auch die Aktionäre vor ungleicher Behandlung und zweckentfremdender Verwendung des Gesellschaftsvermögens schütze) Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949, S. 132; Würdinger aaO (Aktienrecht) S. 26 und 27.

429) Kropff, RefE und RegE aaO.

430) Vgl. auch Winter aaO S. 49.

431) Kropff aaO, ebenso RefE und RegE aaO

432) So namentlich Boesebeck aaO, Würdinger aaO S. 215 und Winter aaO S. 46 ff.

433) aaO S. 46 ff.

434) aaO S. 47 ff.

DM 100.000.- besitzen und wechselseitig je 25 % der Aktien der anderen zum Preis von DM 25.000.- erwerben. Beide gewährten so 6,25 % (25 % von 25 %) ihres Vermögens an ihre eigenen Aktionäre zurück. Würden beide Gesellschaften nun nur je DM 20.000.- als Entgelt für die erworbenen Aktien zahlen, so müßte eine Entwertung der Kapitalgarantie vermieden sein. Bei gleichzeitigem Aktienerwerb sei das auch der Fall: beide Gesellschaften erhielten "ein dem verausgabten Entgelt entsprechendes vollwertiges Äquivalent in Form einer Beteiligung an f r e m d e n Vermögenswerten, so daß in der aktienrechtlich maßgeblichen Beziehung kein Unterschied zum Erwerb einseitiger Beteiligungen mehr besteht" ⁴³⁵. Wie der Erwerb eigener Aktien sei der Erwerb ggs B nicht schon wegen der Entstehung der Beteiligung an sich selbst, sondern wegen der damit verbundenen Einlagenrückgewähr bedenklich. Anders soll es bei n i c h t g l e i c h z e i t i g e m , also in zeitlichem Abstand sich vollziehendem ggs Aktienerwerb liegen. Hier fände eine Einlagenrückgewähr immer statt, allerdings dem Umfang nach gemindert, wenn ein niedrigerer Kaufpreis gezahlt würde, als es dem Wert des durch die Aktien vor dem Erwerb vermittelten Anteils am Vermögen der anderen Gesellschaft entspreche. Eine Rückgewähr von Einlagen fände deshalb statt, "weil durch die Leistung von Seiten der zuletzt erwerbenden Gesellschaft effektive Vermögenswerte, in denen die früher erworbene Beteiligung der anderen Gesellschaft fundiert ist, weggegeben und durch eine Beteiligung an dieser Gesellschaft ersetzt werden" ⁴³⁶. In dem von ihm angeführten Beispiel, meint Winter, hätte zunächst die eine Gesellschaft einen Wertanteil von 25 % am Vermögen der anderen in Höhe von DM 100.000.- erhalten. Erwerbe nun die andere ebenfalls 25 % zum Preis von DM 20.000.-, so vermittele die Beteiligung der ersteren an der anderen nur noch "einen wertanteil an f r e m d e m Vermögen in Höhe von DM 80.000.-", während die von der anderen erworbenen Aktien eigenes Vermögen der ersteren repräsentierten.

Diese Überlegung Winter's zum nicht gleichzeitigen Aktienerwerb beruht aber auf einer Inkonsequenz. Winter ging davon aus, daß beide Gesellschaften 25 % der Aktien der anderen zum Preis von DM 20.000.- erwerben. Die erste Gesellschaft hätte also zunächst eine im Sinne Winter's um DM 5.000.- das Entgelt - den Kaufpreis - übersteigende Gegenleistung erhalten. Nach dem Gegenerwerb durch die andere Gesellschaft entspräche ihr Wertanteil (von nunmehr DM 20.000.-) erst

435) Winter aaO S. 48.

436) Winter aaO.

dem ermäßigten Kaufpreis von DM 20.000.-. Zu diesem Ergebnis kommt es bei gleichzeitigem Aktienerwerb nur sofort. Nach der Verhältnisrechnung käme es also auch bei nicht gleichzeitigem Aktienerwerb zu keiner Einlagenrückgewähr. Entscheidend ist aber, daß Winter auch hier wieder übersieht, daß den jeder Gesellschaft zufließenden Wertanteilen (als Gegenleistung abzüglich des auf den Kaufpreis entfallenden Betrages an eigenen Aktien) am Vermögen der anderen Gesellschaft ein Wertanteil entspricht, den die andere Gesellschaft erhält. Deutlich wird das wieder erst bei einem Konkurs beider Gesellschaften oder einer Fusion. Während bei der einseitigen Beteiligung die Sicherheit der Gläubiger deshalb nicht beeinträchtigt wird, weil an die Stelle des Kaufpreises die Beteiligung tritt, o h n e daß das Vermögen "ihrer" Gesellschaft nun mittelbar über die Beteiligung einer anderen Gesellschaft auch den Gläubigern einer anderen Gesellschaft zur Sicherheit dient, tritt bei der WB gerade dieser Erfolg ein: die Sicherheit der Gläubiger jeder Gesellschaft, die scheinbar in der Höhe des ihrer Gesellschaft zufließenden Wertanteils jedenfalls zu einem Teil des Kaufpreises erhalten bleibt, wird dadurch aufgewogen, daß über die Beteiligung der anderen Gesellschaft nunmehr mittelbar auch deren Gläubigern (allerdings zunächst auf einer späteren Stufe) das Vermögen " i h r e r " Gesellschaft zur Sicherheit dient ⁴³⁷. Nur soweit der Wertanteil der einen Gesellschaft (nach Vergleich der Barbestände nach und vor dem Erwerb) den der anderen Gesellschaft übersteigt, tritt für diese Gesellschaft kein Garantieverlust ein. Um diesen Betrag mindert sich aber dann zusätzlich der Garantiewert des Vermögens der anderen Gesellschaft.

Der wechselseitige u n n e n t g e l t l i c h e Aktienerwerb hat natürlich nicht die Wirkung einer Einlagenrückgewähr. Allerdings bringt sie auch keine erhöhte Sicherheit für die Gläubiger, soweit sich die Wertanteile decken. ^{437 a}.

Es ist also gegen Winter richtig, wenn Kropff davon spricht, daß die ggsB keine echte Deckung darstellen. Soweit die Wertanteile, die scheinbar jeder Gesellschaft zufließen, sich decken, erhalten beide Gesellschaften in Wirklichkeit (allerdings deutlich erkennbar erst bei Konkurs beider Gesellschaften oder Fusion) keine Gegenleistung für den gezahlten Kaufpreis. Soweit sie sich nicht decken, erhält die eine Gesellschaft teilweise eine erhöhte Deckung, der aber ein um diesen Betrag erhöhter Garantieverlust der anderen

437) Als Parallele (ohne die "Stufenverschiebung") wäre an den Fall ggs Aufkaufs von Obligationen zu denken.

437a)Vgl. Winter aaO S. 48.

Gesellschaft entspricht. Es ist also gegen Winter ⁴³⁸ richtig, wenn Kropff ⁴³⁹ die Folgen der wB gegenüber der einseitigen Beteiligung mit der Überlegung abgrenzt, daß bei der wB nicht (oder wie vielleicht richtiger zu sagen wäre n i c h t n u r) wie bei der einseitigen Beteiligung "das gleiche Kapital mehreren Gesellschaften als Garantiekapital" diene, sondern für sie entscheidend sei, "daß das ausgewiesene Kapital möglicherweise bei k e i - n e r der wechselseitig beteiligten Gesellschaften vorhanden" sei.

3. Mißbräuchliche Benutzung der Erwerbsmöglichkeit

Während die unter 1. und 2. dargestellten Wirkungen der Begründung einer wB auch eintreten, wenn beide Unternehmen sich nicht in einer irgendwie gearteten Unternehmensverbindung befinden ⁴⁴⁰, -gleichgültig ob man, um diese Wirkung wB zu erkennen, beide Unternehmen gesondert betrachtet, wenn auch unter Berücksichtigung ihrer Gegenseitigkeitsbeziehung, oder als Einheit - besteht die Möglichkeit mißbräuchlicher Benutzung der Erwerbsmöglichkeit (und Übernahmemöglichkeit) erst bei einem Unternehmenszusammenschluß, dann allerdings in gleicher Weise wie bei Subordinationsverhältnissen auch bei gleichgeordneten Unternehmen ⁴⁴¹. So besteht die Möglichkeit, das Grundkapital bewußt fiktiv aufzublähen oder auszuhöhlen. Es können Aktionären bevorzugt ihre Aktien abgekauft werden und damit dem Grundsatz der Gleichbehandlung zuwidergehandelt werden. Auch besteht die Möglichkeit einer einverständlichen wechselseitigen Kursbeeinflussung.

438) aaO S. 41.

439) aaO S. 17.

440) Eine andere Frage ist es, ob deshalb nach geltendem Recht beide Unternehmen rechtlich gleichgesetzt werden können, auch wenn eine wirtschaftliche Einheit nicht gegeben ist, vgl. oben S. 44 ff über diese Frage de lege ferenda später, vgl. unten S. 183 ff

441) So auch Winter aaO S. 50; andeutungsweise Kropff aaO S. 15, der von einem "an Wechselreiterei erinnernden Zusammenspiel zweier Unternehmen" spricht; abweichend Boesebeck ZKredW 1956, 767, der sagt, "die Gefahr eines die Aktionäre gefährdenden Mißbrauchs liegt beim wechselseitigen Aktienerwerb solange nicht vor, als jede Gesellschaft in ihren Entschlüssen frei und keine von der anderen abhängig ist". Richtig ist, daß der spezifisch bei Abhängigkeitsverhältnissen mögliche Mißbrauch einer "willensunterworfenen" Tochtergesellschaft bei wechselseitig beteiligten, aber koordinierten Unternehmen nicht möglich ist. Gleichwohl besteht hier bedingt durch das Koordinationsverhältnis die Gefahr eines Mißbrauchs, sofern die Koordination über die bloße Verständigung über die wechselseitige Stimmrechtsausübung hinausgeht.

4. Die Anerkennung einer ungefährlichen wB

Aus den unter 1. und 2. dargestellten Bedenken gegen wB ist de lege ferenda eine Zulässigkeitsbeschränkung wB geboten - unabhängig davon, ob eine Unternehmensverbindung subordinierter oder koordinierter Art besteht, die auch die unter 3. dargestellten Gefahren gegeben sein läßt. Dabei wird jedoch anzuerkennen sein, daß wB in geringfügiger Höhe ungefährlich sind und daher keiner Beschränkung - was zunächst ihre Begründung und Entstehung betrifft - zu unterworfen sind ⁴⁴². Bei welcher Höhe die Grenze zu ziehen ist, soll bei Behandlung der Reformvorschläge, insbesondere bei der Behandlung des RegE untersucht werden ⁴⁴³.

II. Die wechselseitige Ausübung des Stimmrechts und das Problem des Verwaltungsstimmrechts

1. Die Verschiebung des Kräftespiels bei Ausübung des Stimmrechts durch sich verständigende Verwaltungen

Die Ausübung des Stimmrechts aus einer Beteiligung, die einer AG gehört, ist als Geschäftsführungsmaßnahme Sache des Vorstandes, § 70 AktG. Dieser kann dabei (auch durch die Satzung) nicht an Weisungen seines Aufsichtsrats oder der HV gebunden werden, §§ 95 V, 103 II AktG. Allenfalls könnte die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, daß die Ausübung des Stimmrechts als Geschäftsführungsmaßnahme nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen wird, § 95 V AktG. Die Nichtzustimmung des Aufsichtsrats ⁴⁴⁴ kann aber, kommt es über die Stimmrechtsausübung zu keiner Einigung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, äußerstenfalls nur die Nichtausübung des Stimmrechts zur Folge haben. Gewiß ist dem gegenüber festzustellen, daß etwa der Vorstand einer abhängigen Untergesellschaft durch die faktisch gegebene Einflußmöglichkeit der ihn bestellenden Obergesellschaft den unmittelbaren Befehlen dieser unterworfen sein wird ⁴⁴⁵, seine Stellung also entgegen der ihm nach dem Gesetz zukommenden selbständigen Unternehmensleitung in freier Verantwortung mehr der eines Angestellten der Konzernobergesellschaft gleichen wird.

442) Das wird allgemein anerkannt. Die Grenze wollen ziehen Winter aaO S. 55, 73 bei 10%, der RefE (§ 18 I) bei 20%, der RegE (§ 18 I) bei 25% und Boesebeck ZKredW 1956, 768 bei 10% mittelbar eigenen Aktienbesitz (der durch verhältnismäßige Zurechnung festgestellt werden könne).

443) Vgl. unten S. 183 ff.

444) Bei wechselseitig beteiligten koordinierten Gesellschaften wird im allgemeinen der Aufsichtsrat mit der anderen Gesellschaft nahestehenden Persönlichkeiten besetzt sein, so daß die Koordination nicht nur vom Vorstand ausgeht.

445) Vgl. Würdinger aaO (Aktienrecht) S. 194.

Bei wechselseitig gleich hohen oder ungefähr gleich hohen Beteiligungen, die, jeweils für sich betrachtet, auch beherrschenden Einfluß gewähren mögen, ist davon auszugehen, daß keine der beiden Gesellschaften rechtlich und faktisch in der Lage ist, auf die jeweils andere einen beherrschenden Einfluß auszuüben. Beide Gesellschaften können insbesondere keinen beherrschenden Einfluß auf die Besetzung des Aufsichtsrats und damit des Vorstands der anderen Gesellschaft durch Ausübung des Stimmrechts in der HV der anderen Gesellschaft nehmen und damit über diesen Vorstand der anderen Gesellschaft, der in ihrer eigenen HV stimmberechtigt ist, auf ihre HV autonom einwirken ⁴⁴⁶. Das könnte nur eine "herrschende" Gesellschaft im Sinne des § 15 II AktG, wenn eine von ihr abhängige Gesellschaft mit Aktien der sie beherrschenden Gesellschaft abstimmen könnte.

Das Bedenken einer Verschiebung des Kräftespiels zwischen HV und Verwaltung zugunsten der letzteren bei wB geht demgegenüber auch davon aus, daß die Vorstände wechselseitig beteiligter Unternehmen in aller Regel einverständlich handeln, d.h., in wesentlichen Fragen der Geschäftsführung, so insbesondere hinsichtlich der Ausübung des wechselseitigen Stimmrechts, sich gegenseitig verständigen ⁴⁴⁷ und damit gegenüber den freien und eigentlichen - weil allein eine wirkliche Einlage leistenden und damit eine echte Deckung gewährleistenden Aktionären "beider" Gesellschaften - eine "einheitliche Front" bilden ⁴⁴⁸. Bei wechselseitigen, die HV-Mehrheit gewährenden Beteiligungen "beherrschen" also gemeinsam vorgehende Vorstände wechselseitig ihre HV. "Sie unterliegen, wenn sie einverständlich handeln, keiner Kontrolle durch die eigentlichen Anteilseigner mehr" (Kropff ⁴⁴⁹). Beide Vorstände können sich gegenseitig entlasten und sich einverständlich "durch gegenseitige Zuwahl ergänzen" (Kropff ⁴⁵⁰), da sie über die HV - deren Mehrheit sie bilden - ihren eigenen Aufsichtsrat bestellen können. "Wer" - wie Mestmäcker ⁴⁵¹

446) Vgl. zur Frage der "wechselseitigen Abhängigkeit" oben S. 85 ff.

447) Vgl. Boesebeck ZKredW 1956, 767, BB 1959, 15; Kropff aaO S. 15; Mestmäcker aaO S. 114-117; Würdinger aaO S. 215; Rasch, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht aaO S. 43/44; RefE Begr. S. 199; RegE Begr. S. 103; auch Winter aaO S. 49/50 und 58 ff, wenn er auch bei bloßer gegenseitiger Verständigung über die Stimmrechtsausübung zwischen wechselseitig beherrschend beteiligten Unternehmen "gegenseitige Abhängigkeit" (aaO S. 60 ff, vgl. oben S. 106 ff) und erst bei "wirtschaftlicher Zusammenarbeit" oder "Identität der Verwaltungen" Koordination annimmt.

448) Boesebeck, BB 1959 S. 15.

449) aaO. Ebenso RefE und RegE aaO.

450) aaO.

451) aaO S. 115.

ausführt - "die Verwaltung in einer der beiden Gesellschaften aus dem Sattel heben will, muß beide Gesellschaften beherrschen". Dieses "Verwaltungsstimmrecht" führt damit zu einer "Entrechtung der wirklichen Aktionäre" (Boesebeck ⁴⁵²) - der Aktionäre, die das Kapitalrisiko tragen - denn das Stimmrecht der Verwaltungen - durch ggs Zeichnung oder Erwerb von Aktien - ist "kapitalloses Stimmrecht" (Mestmäcker ⁴⁵³), weil seiner Entstehung entweder keine wirkliche Kapitalserhöhung entspricht oder es auf einer Einlagenrückgewähr, wenn auch nur wirtschaftlich gesehen, beruht.

2. "Konzernmäßige wB" erst bei maßgeblicher Höhe der Beteiligung und damit Notwendigkeit der gegenseitigen Verständigung

Die Bedenken gegen wB aus dem Gesichtspunkt der Verschiebung des Kräftespiels zwischen Verwaltung und HV zugunsten der Verwaltung setzen allerdings grundsätzlich erst ein, wenn

- a) die Vorstände wechselseitig beteiligter Unternehmen sich verständigen und damit in beiden HV gemeinsam und einverständlich handeln ⁴⁵⁴,
- b) die wB ihnen einen maßgeblichen Einfluß auf die Willensbildung in den HV in der Weise ermöglichen, daß ein entscheidender Einfluß der freien Aktionäre gefährdet ist ⁴⁵⁵.

Allerdings muß diese zweite Voraussetzung eingeschränkt werden. Grundsätzlich stellt sich jede Ausübung wechselseitigen Stimmrechts durch sich verständigende Vorstände als zumindest mittelbares Verwaltungsstimmrecht dar. Auf der anderen Seite besteht eine Gefährdung der von Verwaltungseinflüssen freien Willensbildung in den HV durch die das Kapitalrisiko tragenden Aktionäre erst bei einer maßgeblicheren wB, wenn auch die Gefahrengrenze wiederum schon bei einem Beteiligungssatz gegeben ist, bei dem von einem eigentlich bestimmenden Einfluß auf die HV, vergleichbar etwa einem "beherrschenden" Einfluß, noch nicht die Rede sein kann. Eine von der Verwaltung unabhängige Willensbildung ist bei Gesellschaften mit sonst breitgestreutem Aktienbesitz auch schon bei einer maßgeblichen wechselseitigen Minderheitsbeteiligung nicht mehr möglich oder doch inso-

452) aaO.

453) aaO S. 117.

454) So im Prinzip auch Winter, wenn er auch auf der einen Seite die bloße ggs Verständigung zw. wechselseitig beherrschend beteiligten Unternehmen für "gegenseitige Abhängigkeit" hält (aaO S. 61) und auf der anderen Seite weitergehende Koordination - "wirtschaftliche Zusammenarbeit" oder "Identität der Verwaltungen" - verlangt (aaO S. 65 ff). Vgl. im folgenden.

455) aa Winter im Fall von Koordination: es soll dann das Stimmrecht generell ausgeschlossen werden, wie im Falle "gegenseitiger Abhängigkeit".

fern fraglich, als der Anteil der für die Verwaltung stimmenden Aktionäre in der HV entscheidend vorbestimmt ist durch das wechselseitige Stimmrecht der Verwaltungen. Eine unter dem Gesichtspunkt der organisatorischen Kräfteverschiebung bedenkliche wB wird also nicht erst in wechselseitigen Mehrheitsbeteiligungen gesehen werden können; auf der anderen Seite wird aber auch anerkannt werden müssen, daß wB in unmaßgeblicher Höhe rechtspolitisch ungefährlich sind ⁴⁵⁶.

Dieser Sicht der Bedenken gegen wB aus dem Gesichtspunkt der Verschiebung des vom Gesetzgeber vorgesehenen Kräftespiels zwischen Verwaltung und HV - was die Höhe der wB betrifft - entspricht es, daß von der Notwendigkeit einer ggs Verständigung der Vorstände wechselseitig beteiligter Unternehmen erst gesprochen werden kann, wenn die wB eine Höhe erreichen, die ein selbständiges Vorgehen der beiden Vorstände in den HV beider Unternehmen ausschließt. Das ist dann der Fall, wenn die Willensbildung in den beiden HV nicht mehr maßgeblich von den freien Aktionären beider Gesellschaften bestimmt werden kann, was voraussetzt, daß sich die Beteiligung der wechselseitig beteiligten Gesellschaft entscheidend auswirkt. Erreichen die wB eine Höhe, die ihnen in den HV entscheidendes Gewicht verleiht, so sind die Vorstände beider Unternehmen "auf gegenseitige Verständigung angewiesen" (so die Worte des RG 149, 308), da sie - wie die Überlegungen zur Frage der Möglichkeit wechselseitiger Abhängigkeit im Sinne des § 15 II AktG zeigten - zwar im Sinne dieser Bestimmung "unabhängig" sind (auch wenn die wB für sich betrachtet beherrschenden Einfluß zuließen) aber doch in einem weiteren Sinn des Wortes - jetzt nicht auf seine Bedeutung als begriffliches Tatbestandsmerkmal des § 15 II AktG beschränkt - voneinander "abhängig" sind, "abhängig" in dem Sinne, daß beide Unternehmen, um für sie wichtige HV-Beschlüsse durchsetzen zu können, auf das Stimmrecht des wechselseitig beteiligten Unternehmens angewiesen sind. Diese Notwendigkeit ggs Verständigung erweist sich in besonderer Deutlichkeit bei wechselseitigen Mehrheitsbeteiligungen, bzw. für sich betrachtet, wechselseitig beherrschenden Minderheitsbeteiligungen: beide Unternehmen können das andere Unternehmen, d.h. dessen Verwaltung, nicht zwingen, in ihrem Sinne abzustimmen, wie es bei "einseitiger" Abhängigkeit faktisch das beherrschende Unternehmen kann. Ohne das andere Unternehmen kann aber keines der beiden

456) So auch RefE Begr. S. 199 und RegE Begr. S. 104; ebenso Kropff aaO S. 17; aa wie gesagt Winter, vgl. Fußn. 455; vgl. dazu unten S. 150 ff.

wechselseitig beteiligten Unternehmen einen HV-Beschluß zustande bringen. Als Lösung bleibt nur die ggs Verständigung. Aber auch schon bei wB geringerer Höhe besteht diese Notwendigkeit einer Verständigung. Mit wB von über 25 % kann jedes Unternehmen bei dem anderen qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse verhindern. Es kann bei wB zwischen 25 und 40 % zwar nicht einfache Mehrheitsbeschlüsse verhindern, aber doch die Mehrheitsbildung bei der anderen Gesellschaft entscheidend mitbestimmen und somit die Mehrheit im Sinne der Verwaltung des anderen Unternehmens gefährden. Die Gegenseitigkeit dieser Rechtstellung erweist die Notwendigkeit einer Verständigung. Sie ist notwendig, weil sie typisches Gegenseitigkeitsverhalten wechselseitig beteiligter Unternehmen ist. Sie ist notwendig und zwingend im Sinne dieses typischen Gegenseitigkeitsverhaltens, wenn die Willensbildung in den HV durch die freien Aktionäre entscheidend durch das wechselseitige Stimmrecht beeinflusst ist ⁴⁵⁷. Erst dann, wenn die ggs Beteiligungen eine ggs Verständigung, d.h. eine Koordination zumindest was die Ausübung des wechselseitigen Stimmrechts betrifft, erforderlich machen, kann von einer konzernmäßigen wB gesprochen werden, also einer wB, die notwendig zu einem Gegenseitigkeitsverhalten beider Unternehmen führt, das sich als Unternehmenszusammenschluß darstellt. Gegenüber diesem Unternehmenszusammenschluß auf koordinierter Ebene bestehen jedoch die durch das in ggs Verständigung ausgeübte wechselseitige Stimmrecht begründeten Bedenken aus dem Gesichtspunkt der Verschiebung des organisatorischen Kräftespiels. In diesem Sinn ist die wB, als Mittel koordinierter Unternehmenszusammenfassung verstanden, bedenklich erst, wenn die Höhe der wB die gegenseitige Verständigung erfordert. Damit bleiben wB in diesem Sinne unbedenklich, die, weil von unmaßgeblicher Höhe, als solche eine ggs Verständigung nicht bedingen, auch wenn die Stimmrechtsausübung sich als Verwaltungsstimmrecht deshalb auswirkt, weil die betreffenden wechselseitig beteiligten Unternehmen sich aus einem sonstigen Grunde "verständigen" ⁴⁵⁸.

- 457) Bei welcher Höhe ggs Verständigung typisch ist, läßt sich zwingend nicht ableiten. Die Grenzziehung erfordert eine gesetzgeberische Wertung, die unter Umständen auch andere Gesichtspunkte - etwa Zwecke, denen die wB dienen könnte, wie vielfach gefordert wird, vgl. unten S.164ff - zu berücksichtigen hat. Es soll auf diese Frage daher erst bei Behandlung der Reformvorschläge, namentlich des RegE, eingegangen werden.
- 458) aa wohl Mestmäcker aaO S. 115 und Rasch aaO S. 43/44. Sie betrachten die wB als planmäßiges Mittel zur Kontrollierung der verflochtenen Gesellschaften. Sie müßten dann wie Winter aaO S. 65 die Beschränkung des wechselseitigen Stimmrechts an einen besonderen Tatbestand der Koordination anknüpfen lassen.

Andererseits nimmt die hier vertretene Ansicht eine Gefahr für die innere Zuständigkeit der AG schon an, wenn zwar die Notwendigkeit ggs Verständigung, nicht aber eine weitergehende Koordination (etwa "wirtschaftliche Zusammenarbeit" oder "Identität der Verwaltungen" im Sinne Winter's ⁴⁵⁹) besteht. Eine weitergehende Koordination ist bei wechselseitig beteiligten Unternehmen zwar wahrscheinlich ⁴⁶⁰ aber gerade nicht Voraussetzung für die Gefahr einer Kräfteverschiebung.

Wird, obwohl die Höhe der wB eine ggs Verständigung notwendig machen würde, eine solche von den beiden Vorständen nicht erzielt, so stellt sich das wechselseitig ausgeübte Stimmrecht auch nicht als mittelbares Verwaltungsstimmrecht dar. Beide Unternehmen sind in diesem Fall kapitalmäßig verflochten, ohne jedoch im konzernrechtlichen Sinn verbundene, koordinierte Unternehmen zu sein. Beide können sich - auch wenn die wB etwa Mehrheitsbeteiligungen sind - nicht "beherrschen", werden aber, solange sie sich nicht verständigen, imstande sein, sich "wechselseitig im Schach zu halten", wie Teichmann-Koehler dieses Gegenseitigkeitsverhalten charakterisierte ⁴⁶¹. Gegen den Willen der anderen Gesellschaft könnten bei wechselseitigen Mehrheitsbeteiligungen die Verwaltungen keine HV-Beschlüsse durchsetzen. Eine solche Lage, in der jeder Vorstand gegen den Willen des anderen Vorstandes stimmt, wird praktisch nur für den Fall denkbar sein, daß jede der beiden Gesellschaften entgegen dem für wechselseitig beteiligte Unternehmen typischen Gegenseitigkeitsverhalten - der Verständigung - versuchen würde, ein Übergewicht über das andere Unternehmen, d.h. einseitigen beherrschenden Einfluß, zu gewinnen. Dieser Zustand kann, als untypisch und der "Lebensfähigkeit" (Trumpler ⁴⁶²) beider Gesellschaften abträglich, nicht von Dauer sein. Kommt es zu keinem einseitigen Übergewicht oder werden die wB nicht an Dritte abgegeben, so müssen beide Vorstände doch wieder, wenn auch zunächst durch ggs Druck versuchen, den anderen Vorstand zur Durchführung notwendiger Beschlüsse in ihrer eigenen HV zu gewinnen, d.h. versuchen, zu einer Verständigung zu kommen. Das Verhältnis wechselseitig maßgeblich aneinander beteiligter Unternehmen zueinander ist damit, weil durch die Notwendigkeit ggs Verständigung bestimmt, von seiner typischen Ausgestal-

459) aaO S. 65 ff.

460) Ebenso Winter S. 6 ff aaO; Mestmäcker aaO S. 115 ff. Stimmrechtsvereinbarungen und Austausch von Verwaltungsmitgliedern zeigen gleichzeitig die Notwendigkeit der ggs Verständigung.

461) aaO Anm. 4 zu § 15.

462) aaO S. 366.

tung aus zu bewerten; es wird damit die Gefahr einer Kräfteverschiebung zwischen HV und Verwaltung durch wB stets dann als gegeben angesehen werden müssen, wenn die Höhe der wB die beiden Unternehmen auf ggs Verständigung angewiesen sein läßt, auch wenn im Einzelfall eine solche nicht bestehen sollte. Anders ist es nur, wenn trotz höherer wB, die üblicherweise zu einer ggs Verständigung führen würden, infolge besonderer Umstände die Notwendigkeit ggs Verständigung nicht besteht, eine Koordination also typisch ausgeschlossen ist. Ein solcher Fall wäre gegeben, wenn die wechselseitig beteiligten Unternehmen von dem gleichen oder verschiedenen dritten Unternehmen abhängig wären. Wird aber eine Koordination typisch nicht erfolgen, entfallen auch die durch die Koordination bedingten Gefahren, insbesondere die des Verwaltungsstimmrechts. Auf diesen Ausnahmefall, der eigentlich im Zusammenhang mit der in diesem Kapitel erörterten Frage des typischen Gegenseitigkeitsverhaltens wechselseitig beteiligter Unternehmen mit ihren typischen Gefahren zu behandeln wäre, soll jedoch erst an späterer Stelle der Untersuchung eingegangen werden ⁴⁶³.

3. Beschränkung der Zulässigkeit wB auch aus dem Gesichtspunkt der Kräfteverschiebung

Winter's ⁴⁶⁴ Ansicht, eine Gefahr für die Zuständigkeitsordnung erst anzunehmen, wenn Koordination besteht, dann aber auch keine ungefährliche wB anzuerkennen - also insoweit weitergehend als die hier vertretene Auffassung - ist unter dem Gesichtspunkt der Vorbeugung von Gefahren unzulänglich. Die Gefahr einer Kräfteverschiebung sollte bei wB angenommen werden, wenn sie eine H ö h e erreicht, die eine Koordination typisch sein läßt. Insoweit würde es allerdings, wie Winter ⁴⁶⁵ richtig sieht - wenn auch nur für den Fall tatsächlich bestehender Koordination (oder "gegenseitiger Abhängigkeit") berücksichtigt sehen will -, nicht genügen, nur die Nichtigkeit einer bestehenden Stimmrechtsvereinbarung anzunehmen. Die Notwendigkeit einer Verständigung besteht ja gleichwohl weiter. Gegen Winter ⁴⁶⁶ sollten also wB nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung in ihrer H ö h e beschränkt werden, sondern auch aus dem Gesichtspunkt der Verschiebung des Kräftespiels. Es sollte diesem zweiten rechtlichen Gesichtspunkt nicht nur durch ein Stimmrechtsverbot Rechnung getragen werden, das

463) Unten S. 188 ff.

464) aaO S. 65 ff.

465) aaO S. 66/67.

466) aaO S. 49 und 73; wie hier auch RefE aaO und RegE aaO, wenn auch nicht ausdrücklich.

an bestimmte typische Formen tatsächlich bestehender Koordination anknüpfte und unabhängig neben der Beschränkung der Zulässigkeit wB aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung bestünde. Es ist eine andere Frage, ob daneben bei Vorliegen eines Koordinationsverhältnisses auch das Stimmrecht aus wB ausgeschlossen werden sollte, die die Zulässigkeitsgrenze nicht erreichen. Diese Frage wurde hier deshalb verneint, weil solche wB ungefährlich sind.

4. Die rechtspolitische Bewertung des Konzerntatbestandes "wB" im Schrifttum

Ausgehend von der Iduna-Entscheidung des RG, das wechselseitig beteiligte Unternehmen als "auf gegenseitige Verständigung angewiesen" ansprach, wurde von Trumpler ⁴⁶⁷ die ggs Verständigung, die er jedoch zu weitgehend mit "einheitliche Leitung" gleichsetzte, als das typische Erfordernis für die "Lebensfähigkeit" beider Unternehmen gesehen; er führte aus, daß beide Unternehmen bei höheren wB in ihrer Gegenseitigkeitsbeziehung so weitgehend unselbständig sein könnten, daß von einer freien Willensbestimmung bei ihnen nicht mehr die Rede sein könne, beide bei wechselseitigen Mehrheitsbeteiligungen sogar gegen den Willen des anderen Unternehmens keinen HV-Beschluß mehr zustande bringen könnten. Aus dieser für höhere wB richtigen Sicht der Gegenseitigkeitsbeziehung wechselseitig beteiligter Unternehmen aber ihre Abhängigkeit voneinander zu folgern, wie es Trumpler wollte, verbietet sich, wie früher aufgezeigt wurde. Trumpler erkannte aber und sprach es wohl als erster klar aus, daß höhere wB bei ggs Verständigung (wenn er auch von "einheitlicher Leitung" spricht) zu einer Ausschaltung des Einflusses beider HV und zu einer unbeschränkten Herrschaft der "Konzernleitung" führen. Boesebeck ⁴⁶⁸, der wie das RG wechselseitig beteiligte Unternehmen als auf Verständigung angewiesen ansah, erkannte ebenfalls, daß sich verständigende wechselseitig beteiligte Unternehmen bei höheren wB mittelbar beide HV beherrschen könnten. Wechselseitiger stimmberechtigter Aktienbesitz führe zu "einer Verschiebung des Kräftespiels zwischen der Verwaltung und den Aktionären" ⁴⁶⁹. Damit müsse man sich, so wollte es Boesebeck noch in seiner rechtspolitischen Erörterung zur wV, aber grundsätzlich abfinden. Räume man einer Gesellschaft das Recht ein, eine Beteiligung zu erwerben, so müsse sie auch die damit verbundenen Rechte, so insbesondere das Stimm-

467) aaO S. 366.

468) DB 1955 S. 403.

469) ZKredW 1956 S. 768. Ebenso die folgenden Hinweise.

recht ausüben können. Der Ansatzpunkt einer Gesetzesänderung sollte deshalb nicht in der Stimmrechtsfrage mit der Folge einfacher Beseitigung des Stimmrechts, sondern in der Beschränkung der Zulässigkeit des Besitzes liegen, für die Boesebeck, ausgehend von der in der Begründung wB liegenden wirtschaftlichen Einlagerückgewähr, bestimmte Grenzen ziehen wollte. Es ist Boesebeck zuzustimmen, wenn er die einfache Beseitigung des Stimmrechts ablehnt und die Zulässigkeit wechselseitigen Aktienbesitzes - auch wenn er das nur unter dem Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr forderte - begrenzen will. Daneben erfordert aber die durch wB bedingte Verstärkung des Verwaltungseinflusses als solche eine Begrenzung der Zulässigkeit wB, zumal im allgemeinen die Verstärkung des Verwaltungseinflusses für die Entstehung wB entscheidender sein wird als der Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung, der "zur Zeit für die Entstehung wB kaum eine Rolle spielen dürfte" (wie Kropff es sicher zutreffend annimmt ⁴⁷⁰). Das ist auch Winter entgegenzuhalten, der wB der Höhe nach nur aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung beschränken will, nicht dagegen aus dem Gesichtspunkt der Kräfteverschiebung ⁴⁷¹. Die lediglich an bestehende weitgehende Koordinationsverhältnisse (soweit "Abhängigkeit" nicht bestehe) anknüpfende Stimmrechtsbeschränkung würde die für wB typische Notwendigkeit einer ggs Verständigung bei einer bestimmten Höhe wB nicht berücksichtigen und damit unter präventiven Gesichtspunkten die Gefahr einer Kräfteverschiebung nicht wirksam ausschließen.

Dieser Gesichtspunkt der Verstärkung des Verwaltungseinflusses wird denn auch im neueren Schrifttum in erster Linie betont. Die wB wird nicht mehr als eine Form der Unternehmensverbindung betrachtet, die z w a r gewisse Gefahren für die Kapitalerhaltung und die Aufrechterhaltung eines wohlabgewogenen Kräftespieles zwischen Verwaltung und HV - wie es der Gesetzgeber von 1937 vorgesehen habe - bringe, im übrigen aber "durchaus legitimen Zwecken dienen kann" (Boesebeck ⁴⁷²). So meint Rasch ⁴⁷³ - im Hinblick auf dieses rechtspolitische Bedenken einer Verschiebung des organisatorischen Kräftespiels - daß es "in Wahrheit ausschließlich Managerinteressen" seien, die für die Zulassung der ggsV von Kapitalgesellschaften geltend gemacht werden könnten. "Die planmäßig herbeigeführte gegen-

470) aaO S. 15. Im übrigen ließen sich die Bedenken gegen die Kapitalverfälschung auch in anderer Weise berücksichtigen, so etwa durch eine Bestimmung, daß wB nur zu Lasten freier Rücklagen begründet werden könnten, vgl. unten S. 180 ff.

471) aaO S. 49, 70, 73.

472) aaO.

473) aaO S. 43/44.

seitige Verschachtelung von Aktiengesellschaften - nur diese ist rechtspolitisch von Bedeutung - stellt, um die bekannte Formulierung des Steuerrechts (§ 6 StAnpG) zu gebrauchen, einen typischen Fall des "Mißbrauches von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts" dar" ⁴⁷⁴. "Unternehmen, die sich der Rechtsformen des Privatrechts bedienen, deren Organe aber sich den von der Rechtsordnung vorgeschriebenen Kontrollen mehr oder weniger entziehen, verdienen dabei keine staatliche Anerkennung". Auf "ihren organisatorischen Zweck ausgerichtet" will auch Mestmäcker ⁴⁷⁵ die ggsB gewertet sehen. Von dem Fall einer ggsB abgesehen, die auf zufälligem ggs Aktienwerb zweier Gesellschaften beruht - den Mestmäcker vernachlässigen zu können meint - sei es das Ziel dieser Art der Verflechtung, "reine Kontrollaktien zu schaffen" ⁴⁷⁶, da ihrer Begründung keine wirkliche Kapitalerhöhung entspreche ^{476a}. Der Erwerb ggsB sei ein "planmäßiges Mittel, die verflochtenen Gesellschaften zu kontrollieren" mit der Wirkung, daß sich jede Verwaltung den maßgeblichen Einfluß in der eigenen HV verschafft, d.h., die "ggsB dient dazu, die Verwaltung der verflochtenen Unternehmen von der Kontrolle ihrer Aktionäre freizustellen" ⁴⁷⁷. Gewiß erweist gerade der Blick auf die "planmäßig" geschaffene wB die Gefährlichkeit dieser Verflechtungsart in besonderem Maße, insofern diese zeigt, wie die bedenkliche Folge wB - die Erlangung kapitallosen Verwaltungsstimmrechts und damit die Ausschaltung der freien Aktionäre - gerade den Anreiz zur Begründung solcher Beteiligungen bilden kann. Unter diesem Aspekt erscheint also eine Beschränkung der Zulässigkeit wB vornehmlich geboten. Es handelt sich in Fällen dieser Art jedoch um wB bereits vor ihrer kapitalmäßigen Verflechtung einverständlich handelnder, also in gewissem Umfang koordinierter Unternehmen. Wie schon ausgeführt, stellt sich streng genommen die Ausübung wechselseitigen Stimmrechts auch bei geringfügigen wB durch einverständlich vorgehende Unternehmen als Verwaltungsstimmrecht dar. Würde man aber bei der Bewertung wB auf die Fälle planmäßig geschaffener wB als deren typische Gestaltungsform abstellen, so müßte man konsequenterweise bei festgestellter Koordination der Stimmrechtsausübung wB auch in geringfügigsten Höhen untersagen

474) aaO. Vgl. dazu auch oben S. 135 Fußn. 412 a.

475) aaO. S. 114 ff.

476) aaO S. 114.

476a) Mestmäcker aaO S. 114 sieht in der "Technik" der ggsB eine Art der "Effektensubstitution" (Liefmann). Sie sei darin der Finanzierung der Holding-Gesellschaft ähnlich. Während diese aber Aktien als Grundlage für die eigene Finanzierung verwende, sei die ggsB auf ihren spezifisch organisatorischen Zweck ausgerichtet; denn ihr Ziel sei es, reine Kontrollaktien zu schaffen.

477) Die beiden letzten Zitate aaO S. 117.

und allgemein bei durch Koordination zusammengefaßten Unternehmen "konzerninterne" Stimmrechtsausübung verbieten ⁴⁷⁸. Es handelt sich hier aber nicht mehr um das Problem, wann von Unternehmen gesprochen werden kann, die durch wB verbunden sind, d.h. von wB, die als solche eine ggs Verständigung bedingen, also ein gerade durch die wB nötiges typisches Gegenseitigkeitsverhalten zweier Unternehmen. In diesem Sinn wurde oben ⁴⁷⁹ dann von konzernmäßigen wB gesprochen, wenn die Notwendigkeit ggs Verständigung - der Koordination - auch notwendig zu einer Verschiebung des organisatorischen kräftespiels führen muß, die ihrerseits eine Beschränkung der wB erforderlich macht. mit dieser Überlegung ist als ungefährlich eine wB anerkannt, die nicht notwendig eine Unternehmensverbindung auf koordinierter Ebene schafft und bei der damit eine von entscheidenden Verwaltungseinflüssen freie Willensbildung in den HV gewährleistet ist, auch wenn eine aus einem sonstigen Grund zustandegekommene Verständigung das wechselseitige Stimmrecht zu Verwaltungsstimmrecht werden läßt. Gleichzeitig wird aber auch durch die Zulässigkeitsbegrenzung den Verwaltungen planmäßig sich verflechtender Unternehmen die Möglichkeit genommen, sich der Kontrolle ihrer Aktionäre wirksam zu entziehen. Die wB ist damit auch kein taugliches Mittel mehr zur Erreichung eines rechtspolitisch nicht anzuerkennenden Zweckes.

III. Zusammenfassung

1. WB koordinierter sich verständigender Unternehmen führen zu

- a) einer Gefährdung der Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals;
- b) zur Gefahr einer kräfteverschiebung zwischen Verwaltung und Aktionären zugunsten der ersteren durch das sich als Verwaltungsstimmrecht darstellende wechselseitige Stimmrecht.

2. Voraussetzung für das Bestehen der unter 1 b) genannten Gefahr ist, daß

- a) Koordination besteht
- b) oder - einschränkend - zumindest droht, d.h., bei der Höhe der wB notwendig und typisch ist und so das Gegenseitigkeitsverhalten beider Unternehmen durch die Notwendigkeit einer Verständigung bestimmt ist.

3. Es sind daher folgende typische Fälle einer Verbindung zwischen Koordination und wB zu unterscheiden:

- a) Zwei koordinierte oder sich koordinierende Unternehmen verflechten sich planmäßig.

478) Wie das Winter aaO S. 65 ff und 73 will.

479) S. 148 ff.

- b) Die wB erreicht bei planmäßiger Begründung eine Höhe, die unabhängig von den Umständen, die zu der vor der Verflechtung bestehenden Koordination führten, eine Verständigung notwendig macht.
- c) Die wB sind zufällig entstanden, d.h., nicht durch koordiniertes planmäßiges Vorgehen, bedingen aber notwendig eine Verständigung.

4. Die wB erfüllt daher folgende Zwecke als "Mittel" konzernmäßiger Zusammenfassung von Unternehmen:

- a) Sie knüpft eine bereits bestehende Koordination enger bis zur Notwendigkeit ihres Bestehens. Sie dient - ein anderer Fall planmäßiger Begründung - der Koordinierung, z.B. der Umwandlung eines Subordinationsverhältnisses in ein Koordinationsverhältnis.
- b) Sie bedingt bei zufälliger Begründung ggs Verständigung, also Koordination. Ein solcher Fall läge auch vor, wenn ein Unternehmen durch Erwerb einer Gegenbeteiligung an dem bei ihm selbst beteiligten Unternehmen ggs Verständigung erreichen will.

5. Eigentlich konzernmäßig, d.h. zwingend koordinierend ist eine wB wenn sie als solche durch ihre Höhe eine ggs Verständigung bedingt, auch wenn die Koordination schon bestand, bevor die wB diese Höhe erreichte.

6. Da die konzernmäßige wB stets zu den genannten Gefahren für das Grundkapital und die freie Willensbildung der HV führt, ist sie grundsätzlich nicht als konzernrechtliche Organisationsform anzuerkennen, sei es, daß sie als Mittel engerer Verknüpfung bereits koordinierter Unternehmen, als Mittel der Koordinierung dient, sei es, daß sie durch zufälliges Entstehen eine Koordination vermittelt.

7. Rechtspolitisch erscheint es somit angängig, von einer ungefährlichen wB dann zu sprechen, wenn sie als solche nicht notwendig zu einer ggs Verständigung führen muß, selbst wenn sie zwischen Unternehmen besteht, die aus einem sonstigen Grunde koordiniert sind. In diesen Fällen entsteht durch die wB zwar Verwaltungsstimmrecht; es läßt aber die freie Willensbildung der HV entscheidend ungefährdet. Ungefährliche wB in dem genannten Sinne lägen auch vor, wenn üblicherweise Koordination bedingende wB infolge besonderer Umstände typisch zu keiner Koordination führen können, so etwa, wenn zwei von dem gleichen oder verschiedenen dritten Unternehmen abhängige Gesellschaften wechselseitig beteiligt sind 480.

8. Bei welcher Höhe wB von einer konzernmäßigen wB gesprochen werden kann und ob diese Grenze allgemein oder nur im Einzelfall festgelegt werden kann, soll an späterer Stelle behandelt werden 481. Da eine konzernmäßige wB aber nicht anerkannt werden sollte, wird

480) Vgl. dazu unten S. 188 ff.

481) Unten S. 183 ff.

die Grenzziehung bei einer Höhe zu erfolgen haben, bei der nicht notwendig Koordination und damit die genannten Gefahren entstehen müssen. Auf die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen wird ebenfalls an späterer Stelle bei Behandlung der durch den Regierungsentwurf vorgeschlagenen Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen wB einzugehen sein.

9. Als Abschluß der bisherigen Erörterung kann soviel festgestellt werden:

Eine Beschränkung der Zulässigkeit wB auf eine ungefährliche Höhe genügt den Bedenken gegen

- a) die eine Koordination erst bedingende wB, indem sie eingreift, bevor die wB zu einer entscheidenden Verschiebung des organisatorischen Kräftespiels und den Gefahren für das Grundkapital führt;
- b) die von bereits koordinierten Unternehmen als Mittel engerer Verknüpfung bzw. als Mittel zu dem spezifischen Zweck einer Stärkung der Verwaltung und ihrer Freistellung von der Kontrolle ihrer Aktionäre oder einer Umgehung der für Zeichnung und Erwerb eigener Aktien geltenden Grundsätze benutzten wB.

Die Beschränkung wB auf eine ungefährliche Höhe läßt es offen, ob jede wB auf den spezifisch organisatorischen Zweck einer Kräfteverschiebung bzw. den Zweck der Kapitalverfälschung abzielt, geht also von einer zunächst - bis zu einer gewissen Höhe - wertfrei gesehenen wB aus, wenn sie auch die planmäßig auf diese bedenkliche Ziele hin aufgebauten wB insoweit erfaßt, als sie diese nicht zu einer Gefahr für Grundkapital und eine von Verwaltungseinflüssen entscheidend freie HV werden läßt.

Die Beschränkung auf eine ungefährliche Höhe läßt bis zu dieser Höhe im Falle planmäßiger wB mittelbare Zeichnung und Erwerb eigener Aktien und das wechselseitig ausgeübte mittelbare Verwaltungsstimmrecht - wenn auch in ungefährlicher Höhe - unangetastet. Dieses ließe sich nur erfassen über eine von dem Tatbestand der Koordination und nicht primär dem der wB ausgehenden weiteren Beschränkung "konzern-internen" Aktienerwerbs und Stimmrechtsausübung.

IV. Anhang: WB und Unternehmen an sich

Wenn heute die wB unter rechtspolitischen Gesichtspunkten betrachtet wird, so ist es üblich geworden, sie mit der Figur des "Unternehmens an sich" in Verbindung zu bringen. Würdinger ⁴⁸² sieht in der Gewährung des wechselseitigen Stimmrechts die Anerkennung des Unternehmens an sich, dessen Verwaltung keinem ihr gegenüber selbständigen Organ

482) aaO (Aktienrecht) S. 215.

mehr verantwortlich ist". Nach Rasch ⁴⁸³ "feiert das Unternehmen an sich" in der wB "seinen höchsten Triumph". Die wB lasse im Grenzfall Gebilde entstehen, "an denen auch mittelbar überhaupt keine physischen Personen mehr beteiligt sind". Kropff ⁴⁸⁴ meint, daß eine maßgeblichere wB - deren Vorstände, wenn sie einverständlich handeln, keiner Kontrolle durch die eigentlichen Anteilseigner mehr unterliegen - "der Rechtsfigur des vom Eigentümer gelösten Unternehmens an sich sehr nahe kommt".

Zweck dieser Bezugnahme auf das "Unternehmen an sich" ist es, darauf hinzuweisen, daß die wB in einem weiteren Zusammenhang gesehen werden kann bzw. soll. Man will sie in Verbindung mit der Entwicklung der Aktiengesellschaften zu verselbständigten großen wirtschaftlichen Organismen und der fortschreitenden Loslösung der Verwaltungen von den "wirtschaftlichen Eigentümern" der Unternehmen sehen, also in Verbindung mit der "Entmachtung der HV" und der "Herrschaft der Manager". Nicht nur wird damit die "wB" eine der Fragen des Aktienrechts, in denen es um vermeintliche oder wirkliche bestehende Interessen des "Unternehmens" gegenüber Interessen der Aktionäre geht, sondern sie rückt wegen ihrer offensichtlichen Bedenklichkeit in die Nähe von Erscheinungen der aktienrechtlichen Praxis, die wie Verwaltungsaktien (Schutz- oder Vorratsaktien) oder Mehrstimmrechtsaktien als Mißbildungen betrachtet werden.

Die Vorstellung (oder Lehre oder wie Mestmäcker ⁴⁸⁵ heute sagt, "Ideologie") vom "Unternehmen an sich" geht auf Rathenau ⁴⁸⁶ und Haußmann ⁴⁸⁷ zurück. Sie will in der Entwicklung vom Familienunternehmen zum industriellen Großunternehmen eine "wirtschaftliche, juristische und soziologische Eigen- und Dauerwertigkeit" des Unternehmens entstanden sehen und dessen "Unabhängigkeit von

483) Deutsches Konzernrecht, S. 299. Er meint, es läge praktisch eine "Anstalt" vor, bei der nur anders als bei der öffentlich-rechtlichen Anstalt die "Manager"-Aktionäre, Aufsichtsräte und Vorstände niemandem mehr verantwortlich seien. Rasch verweist auf den Iduna-Fall.

484) aaO S. 15. Er meint weiter, die wB schaffe eine gesellschaftsrechtliche Verbindung mit den Merkmalen einer "Stiftung", geleitet durch zwei Verwaltungen, die zwar auf ggs Verständigung, aber auch nur auf diese angewiesen seien und sich durch ggs Zuwahl ergänzten. Auch er verweist auf den Iduna-Fall.

485) aaO S. 14.

486) Walter Rathenau, Vom Aktienwesen - eine geschäftliche Betrachtung, Berlin 1917, S. 12 ff und 23 ff.

487) Fritz Haußmann, Vom Aktienwesen und von Aktienrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928. S. 27 ff. Vgl. die weiteren Literaturangaben in dem guten Überblick bei C.E.Fischer, AcP Bd. 154, S.85 ff "Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht" und bei Mestmäcker aaO S. 13 ff.

wechselnden Majoritäten wechselnder Aktionäre" ⁴⁸⁸ gegenüber den Individualinteressen der Aktionäre - also des Kapitals - geschützt wissen. Da nur die bestehende Verwaltung diesen Schutz des Unternehmens gewährleisten könnte, wird "der Eigenwert des Unternehmens mit der stabilen Herrschaft der gegenwärtigen Verwaltung gleichgesetzt" (Mestmäcker ⁴⁸⁹). Das Unternehmen, d.h., die herrschende Verwaltung oder die Mehrheit in der HV, wird für schutzbedürftig erklärt. Die Zwangsläufigkeit dieses "Strukturwandels" der AG fordert seine Anerkennung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung ⁴⁹⁰.

Damit läuft die "Ideologie" vom "Unternehmen an sich" auf den "Versuch" hinaus, "die Machtansprüche der herrschenden Verwaltung zu legitimieren" (Mestmäcker ⁴⁹¹) und mit ihr alle mißbräuchlichen Erscheinungen des Aktienwesens wie Verwaltungs- und Mehrstimmrechtsaktien, die sie fördern. Bedenklich aus dem Gesichtspunkt einer durch unsere freiheitliche Rechts- und Wirtschaftsordnung gebotenen wirtschaftsordnungspolitischen Entscheidung für eine vom Eigentum der Aktionäre ausgehenden Organisation der AG ist es aber auch, daß bei Weiterentwicklung der Lehre vom Unternehmen an sich der Gedanke naheliegt, diesen "Schutz des Unternehmens" auch der Verwaltung nicht anzuvertrauen und ihn in die Hände einer wie auch immer gearteten Staatsaufsicht zu legen - Forderungen, die schon gestellt wurden ⁴⁹². Die sich hier zeigende Gefahr, daß die Vorstellung vom Unternehmen an sich Einfallstor kollektivistischer Gedankengänge werden kann - da die Lehre, lediglich als Rechtfertigung von Machtansprüchen der Verwaltung verstanden, von vornherein abzulehnen wäre - läßt deutlich erkennen, daß der Schutz des Unternehmens an sich mit einer vom Eigentum der Aktionäre ausgehenden Organisation der AG unvereinbar ist.

488) So die Formulierung des Reichsjustizministeriums in dem Fragebogen zur Ermittlung der Vor- und Nachteile von Stimmrechtsaktien (Fragebogen IV und V) zT abgedruckt bei Richard Passow, Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft im Lichte der Wirtschaftsenquête, Jena 1930, S. 4.

489) aaO S. 13.

490) Vgl. die Rechtsprechung des RG zur "Treuepflicht" des Aktionärs in der Frage des Anfechtungsrechts (RGZ 146, 385, 395). Vgl. auch die Versuche, die in Schutz- und Vorratsaktien praktisch bestehenden Verwaltungsaktien durch gesetzliche Einführung eines "Verwaltungsstimmrechts" zu erweitern (dazu: 2. Bericht des Vorsitzenden des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, April 1935, Z.Ak.f.dtsch.R., 1935, 247 ff, 250).

491) aaO S. 14. Ob sie zu diesem Zweck "erfunden" worden ist, wie C.E.Fischer aaO S. 103 und ebenso wohl Mestmäcker aaO annehmen, mag dahingestellt bleiben.

492) Vgl. die Hinweise bei C.E.Fischer aaO, der auf diese Gefahr hinweist. Ebenso in letzter Zeit Walter Strauß in "Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform", Marburg 1959, S. 86, 87.

Die Lehre vom Unternehmen an sich hat es mit den Interessengegensätzen innerhalb der AG zu tun. Während sie aber - die nicht zu leugnende Entwicklung zum "spätkapitalistischen Großunternehmen" für sich in Anspruch nehmend (Mestmäcker ⁴⁹³), die sie als zwangsläufigen "Strukturwandel" berücksichtigen will - mit der rechtlichen Anerkennung des "verselbständigten Unternehmens" diese Interessengegensätze zeitgemäß gelöst zu haben meinte, kann heute in dieser Lehre "kein Ansatzpunkt" gesehen werden, "die Interessengegensätze innerhalb der AG zu sondern und unter Abwägung widerstreitender Belange auszugleichen" (Mestmäcker ⁴⁹⁴). Im Gegenteil, diese Lehre verschleierte diese Interessengegensätze ⁴⁹⁵: die Entwicklung zum Großunternehmen führt zwangsläufig zu einer Verstärkung der Befugnisse der Verwaltung, die allein imstande ist, das Unternehmen zu führen. Dies anerkennen heißt aber nicht, die Koordinierung von Verfügungsmacht, Verantwortung, Haftung der Verwaltung und Kontrollrechte der Aktionäre unversucht zu lassen und in bewußter Anerkennung des Strukturwandels alle Interessen der Aktionäre an Kontrolle, Verantwortung und Haftung der Verwaltung aufzugeben und darüberhinaus sogar noch Aktionärspflichten zugunsten des "schutzbedürftigen" Unternehmens zu schaffen. Damit wird nur der Versuch unternommen, den Gegensatz zwischen Verwaltung und Aktionären unter Anrufung des Unternehmenswohles zu verdecken. Hier zeigt sich auch, daß diese Lehre das Wohl des Unternehmens nicht etwa gleichgesetzt verstanden wissen wollte mit dem von der Verwaltung auch gegen Aktionärskreise zu vertretenden "wohlverstandenen Interesse" der Aktionäre an Erhaltung und Erweiterung des Unternehmens. "In diesem Sinn verpflichten das geltende Recht (§ 70 I AktG) wie der Entwurf (RefE § 71) den Vorstand, die Geschäfte auch zum Wohl des Unternehmens zu führen" (Strauß ⁴⁹⁶). Der Regierungsent-

493) aaO S. 15.

494) aaO S. 14.

495) So Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Aktiengesellschaften (vgl. Fußn. 428), S. 13; Mestmäcker aaO; Strauß aaO S. 26.

496) aaO S. 26. Das habe aber nichts mit dem Unternehmen an sich zu tun. Vgl. demgegenüber aber Würdinger aaO (Aktienrecht) S. 8/9, der meint, daß die Theorie vom Unternehmen an sich gerade in § 70 I AktG ihren Niederschlag gefunden habe. Der RefE ginge nach Würdinger noch einen Schritt weiter, in dem er das Wohl des "Unternehmens" den "Interessen" der Aktionäre gegenüberstelle und damit anerkenne, "daß es Benachteiligungen von Aktionärsinteressen gibt, die nicht zugleich eine Benachteiligung der Gesellschaft sind".

wurf (§ 73) läßt allerdings diesen Passus fallen, wohl, um gar nicht erst in den Verdacht zu kommen, hier einen Gegensatz zwischen dem Wohl des Unternehmens und den Interessen der Aktionäre zu schaffen ⁴⁹⁷. Die Lehre vom Unternehmen an sich besagt aber mehr, bzw. etwas ganz anderes: das Wohl oder Interesse des Unternehmens soll aus seiner "Eigen- und Dauerwertigkeit" verstanden werden und nicht etwa als objektives Interesse der Aktionäre ⁴⁹⁸.

Erscheint so die Vorstellung von einem aus ihrem "Wert als solchen" zu schützenden Unternehmen mit dem Wesen einer vom Eigentum der Aktionäre ausgehenden, sich selbst verwaltenden AG schon unvereinbar, so ist die Lehre in eben diesem Sinn gleichermaßen unhaltbar, wenn sie der Verwaltung das Recht geben soll, dieses "Recht" des Unternehmens gegenüber den Aktionären zu vertreten (abgesehen davon, daß hier im Grunde die bestehende Verwaltung geschützt wird). Es wird hier ein Gegensatz zwischen Verwaltung und Aktionären geschaffen, der die wirklich bestehende Notwendigkeit eines Ausgleichs von Initiative, Leitungsmacht und Verantwortung (auch für das "Unternehmen") - im Interesse seiner Funktionsfähigkeit, aber letztlich im Interesse der Aktionäre - verdeckt.

Gleichermaßen wenig klärend ist das Schlagwort vom "Unternehmen an sich" aber auch, wenn es allzu verallgemeinernd von der Kritik als Antrieb aller Erscheinungen der aktienrechtlichen Praxis bezeichnet wird, in denen die "Entmachtung der HV" gesehen wird. Die wB - die zu einer Verschiebung des Kräftespiels in der AG zugunsten der Verwaltung und zuungunsten der HV führen kann -, die Forderung, Bilanzfeststellung und Rücklagenbildung in weitem Umfang der Entscheidung der Verwaltung zu überlassen, die Ablehnung einer weitgehenden Publizität verallgemeinernd als Versuche zu werten, das Unternehmen an sich zu schützen, wenn nicht gar zu verwirklichen, dient seinerseits nicht der Erhellung der in diesen Fragen zum Ausdruck kommenden Interessengegensätze ⁴⁹⁹. Gewiß stellt sich eine hohe wB - es sei nur an den Iduna-Fall gedacht - als eine gewissermaßen reine Ausprägung des verselbständigten Unternehmens dar, als ein Gebilde, an dem praktisch keine physischen Personen mehr betei-

497) Dafür spricht auch die Begr. S. 122, die die Streichung damit begründet, daß es sich "von selbst versteht", daß der Vorstand die Belange der Aktionäre und Arbeitnehmer, sowie die Belange der Allgemeinheit berücksichtige, die Belange des "Unternehmens" aber nicht mehr erwähnt.

498) Sie will auch nicht das Wohl des Unternehmens gleichgesetzt wissen mit Interessen Dritter, also z.B. der Arbeitnehmer. Vgl. so auch Strauß aaO S. 26.

499) In diesem Sinne auch Harold Rasch, Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960, S. 59.

ligt sind und deren Verwaltung zwar auf gegenseitige Verständigung angewiesen, aber niemandem mehr verantwortlich ist. Man kann weitergehen und ein solches Gebilde als wesensmäßig eher einer Stiftung (so Kropff ⁵⁰⁰) oder einer Anstalt nur ohne öffentliche Aufsicht (so Rasch ⁵⁰¹) vergleichbar bezeichnen. Die Kritik an der Lehre vom Unternehmen an sich ist sinnvoll in der Betonung eines vom Eigentum der Aktionäre ausgehenden Verständnisses der AG. In der Erkenntnis aber, daß der Anteilnahme der Aktionäre an der Leitung der AG Grenzen gesetzt sind, die sich aus der nötigen Funktionsfähigkeit der AG ergeben, wird die nötige Beschränkung der Eigentümerbefugnisse und das sich aus der Trennung der Organe für die Organisation (das Unternehmen) "als Trägerin unternehmerischen Willens" ergebende "natürliche Übergewicht gegenüber dem Einzelaktionär" (Reinhardt ⁵⁰²) wiederum nicht als Entwicklung zum Unternehmen an sich verstanden werden können. Das Unternehmen der AG ist, wie Rasch ⁵⁰³ sagt "nun einmal mehr als die Summe der wirtschaftlichen Interessen ihrer Aktionäre". Fragen des Aktienrechts, in denen sich Interessen der Aktionäre, der Verwaltung und des "Unternehmens" (als Interesse der Aktionäre an Erhaltung und Erweiterung des Unternehmens) gegenüberstehen, können nur beurteilt werden, wenn man beachtet, daß die Funktionsfähigkeit der AG die Koordinierung von Einfluß und Verantwortung verlangt und das Aktienrecht sich dabei von dem Grundsatz leiten lassen muß, daß "je größer die Leitungsmacht (der Verwaltung) ist, je geringer die Verfügungsmacht der Aktionäre, desto stärker ihre Kontrollrechte sein müssen" (Strauß ⁵⁰⁴). Was etwa höhere wB betrifft, so ist es ganz offensichtlich, daß hier die Mindestvoraussetzung eines wirksamen Kontrollrechts der Aktionäre, nämlich die von Verwaltungseinflüssen freie Willensbildung in der HV, nicht gewährleistet ist. Aus demselben Grunde sind etwa Mehrstimmrechtsaktien abzulehnen. Andere Fragen, wie Zuständigkeit für Bilanzfeststellung und Bildung stiller Reserven wiederum bedürfen erst einer Interessenabwägung (zwischen den Interessen der Aktionäre an einer Dividendenausschüttung und dem Interesse des "Unternehmens" an der Investition erwirtschafteter Mittel bzw. der Verantwortung der Verwaltung für das Unternehmen im wohlverstandenen Interesse der Aktionäre).

500) aaO S. 15.

501) aaO (Deutsches Konzernrecht) S. 299.

502) "Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform" (Vgl. Fußn. 492), S. 11.

503) aaO (Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform), S. 58.

504) aaO S. 27.

Rechts- und wirtschaftspolitische
Gründe zur Rechtfertigung wB

Bei der Behandlung der gegen wB bestehenden Bedenken zeigte sich, daß das neuere kritische Schrifttum die wB ausschließlich im Licht einer planmäßigen Begründung sehen will. So sprach Rasch⁵⁰⁵ davon, daß es "in Wahrheit ... ausschließlich Managerinteressen (sind), die für die Zulassung der ggsV von Kapitalgesellschaften geltend gemacht werden können". Mestmäcker⁵⁰⁶ sah im Erwerb wB ein "planmäßiges Mittel, die verflochtenen Gesellschaften zu kontrollieren"; die wB schaffe "kapitalloses Verwaltungsstimmrecht". In diesen Äußerungen ist natürlich auch anerkannt, daß die wB eine Unternehmensverbindung koordinierter Art schaffen kann bzw. eine schon bestehende Koordination enger zu knüpfen vermag⁵⁰⁷. Dieser Gesichtspunkt wird aber vor allem von den Stimmen zur Aktienrechtsreform hervorgehoben, die wirtschafts- oder rechtspolitische Gründe für die wB vorbringen wollen. So wird davon gesprochen, daß die wB eine gute Grundlage für eine Zusammenarbeit befreundeter Unternehmen darstelle, daß sie als "partielle Verschmelzung" unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit verstanden werden sollte⁵⁰⁸. Die unvermeidbar bei Zusammenarbeit d.h. Koordination eintretende Folge des Verwaltungsstimmrechts wird zwar gesehen, aber nicht wie von Rasch und Mestmäcker als Grund für diese planmäßige Verflechtung angesehen. Die wB beruhten vielmehr in diesen Fällen in aller Regel auf "wirtschaftlich vernünftigen Erwägungen"⁵⁰⁹. Was Versicherungsgesellschaften beträfe, so seien diese deshalb zur Zusammenarbeit genötigt, weil sie teils der Versicherungsaufsicht unterliegen, teils nicht oder nur beschränkt⁵¹⁰. Allgemein lasse die zunehmende wirtschaftliche Integration Europas die wB notwendig erscheinen⁵¹¹. Wenn dagegen die wB als Schutzmaßnahme gegen "Überfremdung" bezeichnet werden sollte⁵¹², so wird in diesem Falle die bedenkliche Folge des Verwaltungsstimmrechts unverhüllt als Zweck der wB gerechtfertigt.

505) aaO (Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen im Konzernrecht) S. 43/44.

506) aaO S. 114 ff.

507) So sinngemäß auch Mestmäcker aaO S. 115 Fußn. 281.

508) Boesebeck BB 1959 S. 16.

509) Boesebeck aaO.

510) Boesebeck aaO und "Verflochtene Assekuranz gegen Konzentration" Volkswirt 1958, 2227.

511) Hinweis bei Kropff aaO S. 15.

512) Hinweis bei Rasch aaO S. 44, Kropff aaO und Winter aaO S. 8 und RegE Begr. S. 103.

Teilweise wird sogar erklärt, daß WB in der Bundesrepublik "keine irgendwie beachtliche Bedeutung gehabt haben", im übrigen "Mißstände nicht aufgetreten" seien, so daß schon deshalb zu einer Beschränkung zumindest wechselseitiger Minderheitsbeteiligungen kein Anlaß bestünde ⁵¹³.

Es kann sich bei der Behandlung dieser Einwände nicht darum handeln, festzustellen, ob die für WB geltend gemachten Gründe, wie Rasch es annimmt, nur eine bedenkliche Zielsetzung verschleiern sollen ⁵¹⁴ oder ob es wirklich diese Gründe sind, die zur wV führen. Möglich und notwendig ist es nur, zu untersuchen, ob diese Gründe, sofern sie überhaupt rechts- und wirtschaftspolitisch relevant sind, zwingend gerade eine WB zu rechtfertigen vermögen und zwar eine solche, die unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung und des Verwaltungsstimmrechts "gefährlich" ist.

1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

In welchem Umfang WB im Aktienwesen heute vorkommen, kann nicht sicher gesagt werden, da WB - sofern sie nicht zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen bestehen - unter dem geltenden Recht keiner Publizitätsvorschrift unterliegen. Trotzdem sind einige Fälle bekannt geworden ⁵¹⁵, Fälle WB von über 25 % des Grundkapitals dieser Gesellschaften. Ob es hierbei zu konkreten Mißbräuchen gekommen ist, muß dahingestellt bleiben ⁵¹⁶. Entscheidend ist, daß die Ausübung wechselseitigen Stimmrechts bei ggs Verständigung, die sicher in einigen dieser Fälle gegeben ist, als solche "mißbräuchlich" ist, weil sie zu einer Verschiebung des vom Aktiengesetzgeber gewünschten organisatorischen Kräftespiels innerhalb der AG führt. Im übrigen bestünde ohne eine Regelung für WB im Rahmen eines neuen Aktiengesetzes die Gefahr, daß durch WB Bestimmungen des neuen Aktienrechts umgangen werden könnten, die für eine Verstärkung der Rechte der HV vorgesehen sind, so insbesondere die Abschaffung der Mehrstimmrechtsaktien und das Verbot der Stimmrechtsbindung zugunsten

513) So die von den Spitzenverbänden der Wirtschaft herausgegebene "Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes", Köln/Bonn 1959, S. 75.

514) Daß die Möglichkeit, "eine neue Art von Verwaltungsaktien zu schaffen", eine maßgebliche Rolle dabei spielt, daß gerade die WB als Form der Unternehmensverbindung zu den angeführten Zwecken gewählt wird, ist wie Winter aaO S. 8 meint, wahrscheinlich.

515) Vgl. oben § 3 (S. 8 ff.).

516) Winter aaO S. 69 meint, daß der in Form Pressecampagne ausgetragene Streit zwischen den Verwaltungen der Allianz Versicherungs-AG und der Münchener Rückversicherungs-AG auf der einen Seite und einem Aktionär auf der anderen Seite einem "Aktien-skandal" "zumindest sehr nahe komme".

der Verwaltung ⁵¹⁷. Eine gesetzliche Regelung ist daher notwendig ⁵¹⁸.

2. Schutz vor Überfremdung?

Denkbar ist es, daß die Stärkung des Verwaltungseinflusses durch wB mit dem Schutz des Unternehmens vor in- und ausländischer Überfremdung begründet wird ⁵¹⁹. Dieses Schlagwort, das in den Jahren 1919 bis 1923 - einer Zeit zerrütteter Wirtschaft - zur Rechtfertigung von aktienrechtlichen Einrichtungen wie Mehrstimmrechts- und Verwaltungsaktien vielleicht anzuerkennen war, wurde in den folgenden Jahren, wie Fischer ⁵²⁰ zu Recht betont, von der Theorie vom Unternehmen an sich abgelöst, in der die Möglichkeit gesehen wurde, diese grundsätzlich mißbräuchlichen Einrichtungen auch in einer Zeit zu rechtfertigen, in der das Schlagwort von der Überfremdung seine Berechtigung weitgehend verloren hatte. Beides sind jedoch Gesichtspunkte, die in einer auf Eigentum beruhenden Wirtschaftsordnung rechtspolitisch nicht anzuerkennen sind ⁵²¹. Der vom Prinzip der Kapitalmehrheit ausgehenden Ordnung der AG entspricht es, wenn eine Mehrheitsgruppe, die sich kapitalmäßig nicht mehr behaupten und die Zusammensetzung der Verwaltung nicht mehr bestimmen kann, einer anderen Kapitalgruppe Platz machen muß ⁵²². Die Gefahren, die unter Umständen ein Wechsel der Mehrheit für den Wettbewerb mit sich bringen kann, darf zumindest nicht durch eine Anerkennung von Einrichtungen abgeholfen werden, die ihrerseits einen Angriff auf die vom Eigentum der Aktionäre ausgehende sich selbst verwaltende AG darstellen und die deshalb unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten gesehen, auf einen Schutz des Unternehmens gegen den Markt hinausliefen ⁵²³. Im übrigen können sich, worauf Kropff ⁵²⁴ zutreffend hinweist, Unternehmen gegen eine Überfremdung auch durch Maßnahmen schützen, die mit den Grundsätzen unseres Aktienrechts vereinbar sind, so z.B. durch eine Beschränkung des Stimmrechts auf einen Höchstbetrag, § 114 I AktG, RefE § 125 I, RegE § 128 I, wenn diese Möglichkeit (bei bestehenden Gesellschaften) auch praktisch nicht allzu oft in Betracht kommen wird.

3. WB als Grundlage für wirtschaftliche Zusammenarbeit?

Sicher bildet die wB eine "gute Grundlage für eine enge Zusammen-

517) Vgl. RegE Begr. S. 103.

518) So auch Winter aaO S. 69.

519) Vgl. die in Fußn. 512 angegebenen Hinweise.

520) aaO S. 85 ff (AcP Bd. 154).

521) So z.B. Fischer aaO, Kropff aaO S. 15.

522) So Strauß aaO S. 26.

523) Walter Strauß, Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, Tübingen 1960, S. 18.

524) aaO S. 15.

arbeit zweier Unternehmen" (Kropff ⁵²⁵); sie knüpft eine etwa durch Vertrag entstandene Koordination enger und eignet sich als Mittel einer Koordinierung. Damit können aber, wie Kropff mit Recht ausführt, nur geringfügigere wB gerechtfertigt werden, da eine Zusammenarbeit von Unternehmen bei höheren wB mit der Folge eines überhöhten Kapitalausweises und der Freistellung der Verwaltungen von der Kontrolle der HV rechtspolitisch nicht zu billigen ist und damit auch kaum im Interesse der doch letztlich das Kapitalrisiko tragenden Aktionäre liegen wird.

Ob wB in wirtschaftlichen Krisenzeiten eine gewisse stabilisierende Wirkung entfalten können, hängt wohl in erster Linie davon ab, ob sie tatsächlich zu einer Kapitalaufblähung bzw. Aushöhlung geführt haben. In diesem Fall können sie, wie der Besitz oder Erwerb eigener Aktien, krisenverschärfend wirken mit der zusätzlichen Gefahr, daß sich die Schwäche eines der beiden Unternehmen auch auf das andere auswirken wird. Hinzu kommt, daß wirtschaftliche Krisen im allgemeinen Unternehmen eines Wirtschaftszweiges einheitlich treffen, wB aber gerade innerhalb eines Wirtschaftszweiges, so etwa der Versicherungswirtschaft, häufig sind. So mögen wechselseitige Stützungsmaßnahmen, die innerhalb von Konzernen, die kapitalmäßig "sauberer" aufgebaut sind, zu erwarten wären, bei wB grundsätzlich weniger wahrscheinlich sein. Anders mag es sein, wenn der wechselseitige Anteilsbesitz im Verhältnis zu den sonstigen Aktiven gering ist und während der Krise weitere wechselseitige Aufkäufe vermieden werden. Eine besondere stabilisierende Wirkung durch wB besteht aber wohl nicht. Es wird auf den Einzelfall ankommen. Grundsätzlich besteht vielmehr eine erhöhte Gefahr ggs Auswirkung von Verlusten bei einem der beiden Unternehmen ⁵²⁶.

4. Die wB als "partielle Verschmelzung"?

Entsprechend zu würdigen ist auch der Gedanke, in der wB das konzernrechtliche Bedürfnis nach "Teilverschmelzung unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit" zu erkennen und sie deshalb zu rechtfertigen ⁵²⁷. Vergleichsweise sieht etwa Flume ⁵²⁸ in der Begründung des "Rechtsstatus der Abhängigkeit" ⁵²⁹ eine Verschmelzung - vollständiger oder teilweiser Art - und zwar durch Aufnahme, bei der aber entgegen der vom Gesetz und auch von den Entwürfen geregelten "Verschmelzung durch Aufnahme" die aufgenommene Gesellschaft als

⁵²⁵) aaO.

⁵²⁶) So auch der RegE Begr. S. 104 und Winter aaO S. 49.

⁵²⁷) Boesebeck aaO (BB 1959 S. 15).

⁵²⁸) Werner Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf, S. 31/32.

⁵²⁹) Durch den Formalakt des "Unternehmensvertrages", aaO S. 30.

Rechtsperson nicht untergeht, wohl aber heteronom bestimmt wird. Für eine solche Verschmelzung unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit besteht sicher ebenso ein wirtschaftliches Bedürfnis wie für die Verschmelzung unter Erlöschen der Rechtsperson. Flume verweist auf den Fall der Organgesellschaft, die von der sie beherrschenden Gesellschaft wie eine Betriebsabteilung geführt wird. Es handelt sich hier im Grunde aber um die Frage, ob die Verbindung von herrschender und abhängiger Gesellschaft, die sich als Konzerngliederung bewährt hat, als rechtliche Organisationsform anzuerkennen ist⁵³⁰ und ob sie, wie Flume es will, analog der Verschmelzung unter Erlöschen der Rechtspersönlichkeit ausgestaltet werden sollte⁵³¹. Entsprechend könnte in der wB eine Form der Verschmelzung - teilweiser Art - gesehen werden, nur mit dem Unterschied, daß es sich um eine solche auf koordinierter Ebene handeln würde, also vergleichbar damit der vom Gesetzgeber und den Entwürfen geregelten "Verschmelzung durch Neubildung". Während aber die "Verschmelzung" wechselseitig beteiligter Gesellschaften mit Erlöschen der Rechtspersonen den Belangen der Aktionäre gerecht werden würde - unabhängig von der Frage, ob sie als Form der "Konzentration" wünschenswert wäre oder nicht - kann die ggs Verflechtung auch als wirtschaftliche Teilfusion unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit verstanden nicht als rechtliche Organisationsform sich konzernmäßig zusammenschließender Unternehmen anerkannt werden. Ein Unternehmenszusammenschluß, der zu einem fiktiven Kapitalausweis und einer Freistellung der Verwaltung von der Kontrolle durch die eigentlichen Anteilseigner führt, wird durch das wirtschaftliche Bedürfnis nach Formen koordinierter Unternehmenszusammenfassung nicht gerechtfertigt, zumal es andere Formen koordinierter Unternehmenszusammenfassung gibt, die rechtspolitisch unbedenklich sind, wenn diese auch vielleicht keine ähnlich enge Verbindung zu schaffen vermögen, wie wB.

5. wB als Mittel zur Verflechtung zwischen in- und ausländischen Unternehmen?

Wenn heute zur Rechtfertigung wB vorgebracht werden sollte, daß die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft die wV deshalb notwendig erscheinen lasse⁵³², weil ein Unternehmenszusammenschluß durch Subordination das abhängige Unternehmen als "Ausländer" einer Diskriminierung aussetze, so rechtfertigt dieser Einwand "eine Verflechtung

530) Flume aaO S. 27.

531) Flume will daraus die Konsequenz ziehen, daß die Minderheitsaktionäre der abhängigen Gesellschaft als Aktionäre der herrschenden Gesellschaft aufgenommen werden müssen, aaO S. 32.

532) Hinweis bei Kropff aaO S. 15. Vgl. auch Winter aaO S. 7.

über die Grenzen allenfalls in den gleichen Schranken wie zwischen inländischen Unternehmen" (Kropff ⁵³³). Es ist nicht einzusehen, warum die Aktionäre einer deutschen Gesellschaft in diesem Falle weniger schutzbedürftig sein sollen. Überdies beschränken Frankreich und Italien die wB. Zum anderen ist das Ziel der EWG, wie Kropff betont, nicht die Verflechtung der einzelnen Unternehmen, sondern die der beteiligten Volkswirtschaften.

6. Besonderes Bedürfnis für wB in der Versicherungswirtschaft?

Die Versicherungswirtschaft begründet die relative Häufigkeit der wB in ihrem Wirtschaftszweig in erster Linie mit dem Versicherungsaufsichtsrecht ⁵³⁴. Dieses beschränke die Unternehmen auf bestimmte Geschäftssparten und lasse es daher notwendig sein, einen Unternehmenskomplex zu schaffen, um den Versicherungsnehmern ein umfassendes Angebot machen zu können. Diese erforderliche Zusammenarbeit von Lebens-, Sach- und Rückversicherungsgesellschaften zwingt aber, wie Kropff ⁵³⁵ zutreffend ausführt, nicht gerade zu wB. Eine solche Zusammenarbeit kann - und wird ja auch in der Mehrzahl der Fälle - auf anderer Grundlage erfolgen, so etwa durch Schaffung einer Dachgesellschaft, die Einfluß auf die Zusammensetzung der Organe der Untergesellschaften nehmen und so eine Einheit der Leitung rechtlich selbständiger Unternehmen gewährleisten kann. Wenn demgegenüber für die wB vorgebracht wird, daß sie gerade eine Abhängigkeit vermeiden und als Mittel koordinierter Unternehmenszusammenfassung die Gleichberechtigung und Mitsprachemöglichkeit der verflochtenen Unternehmen erhalten und herbeiführen soll, so rechtfertigt das so begründete Bedürfnis nach Formen koordinierter Unternehmenszusammenfassung doch nicht eine rechtspolitisch bedenkliche Unternehmensverbindung. Interessen- und Zweckgemeinschaften auf nur vertraglicher Basis mögen zwar eine geschäftliche Verbindung nicht so fest knüpfen wie etwa eine wB, bedeuten dafür aber auch für die Kapitalerhaltung und das Kräftespiel zwischen Verwaltung und Aktionären keine Gefahr. Auch die dem Aktionär einer Versicherungsgesellschaft mit nur teileingezahltem Aktienkapital zukommende "Garantiefunktion" wird nicht etwa sicherer durch eine w beteiligte AG erfüllt. Im Gegenteil, die wB führt ihrerseits ja zu einer Gefährdung des Garantiekapitals. Wirtschaftlich steht jeder Gesellschaft kein Anspruch auf volle Leistung des Nennbetrages mehr zu (soweit diese sich decken). Kropff ⁵³⁶ meint, daß die Häufigkeit wB im Versicherungswesen weniger

533) aaO.

534) Vgl. "Verflochtene Assekuranz gegen Konzentration", Volkswirt 1958, 2227; Hinweise auch bei Kropff aaO S. 15/16; Winter aaO S. 7.

535) aaO S. 16.

536) aaO.

auf die Versicherungsaufsicht als auf die Eigenart der Versicherungsunternehmen als Kapital-Sammelbecken zurückzuführen sein wird. Die wB könnte von den Verwaltungen als Schutz vor einer im Interesse der Gesamtheit der Versicherten unerwünschten eigennützigen Einflußnahme außenstehender, den Versicherten nicht verpflichteter Aktionäre auf die Verwendung des angesammelten Kapitals betrachtet werden, als Abwehr einer also spezifisch den Versicherungsgesellschaften drohenden Gefahr einer "Überfremdung". Ein beherrschender Einfluß auf eine Versicherungsgesellschaft läßt es zu, "mit verhältnismäßig geringem Kapitaleinsatz - das Grundkapital ist durchwegs niedrig und meist nicht voll eingezahlt - über die Anlage der Versicherungsgelder" zu entscheiden. Diese Gefahr würde etwa durch einen Großaktionär einer Dachgesellschaft einem ganzen Konzern drohen. Sie wird sicher durch die wB gemindert oder vermieden. Und doch ist auch in diesem Sinne die wB nicht anzuerkennen; denn sie legt den Schutz der Versicherungsnehmer ausschließlich in die Zuständigkeit der Verwaltung, die von einer maßgeblichen Kontrolle der freien Aktionäre freigestellt ist. "Wer die Aktiengesellschaft als Rechtsform für Versicherungsunternehmen bejaht, muß auch das aktienrechtliche Kräftespiel zwischen Verwaltung und Hauptversammlung anerkennen". "Den Gefahren (für die Versicherungsnehmer) zu begegnen ist nicht Sache des Gesellschaftsrechts, sondern allenfalls der Versicherungsaufsicht" (Kropff⁵³⁷). Im übrigen würde es auch hier wieder einer Gesellschaft offenstehen, dieser Gefahr einer "Überfremdung" durch eine Begrenzung des Stimmrechts auf einen Höchstbetrag zu begegnen.

Die zur Rechtfertigung wB vorgebrachten oder vorzubringenden Gründe rechts- und wirtschaftspolitischer Natur lassen - soweit sie nicht überhaupt in einer vom Eigentum ausgehenden Wirtschaftsordnung unbeachtlich sind - eine andere als von den rechtspolitischen Bedenken gegen wB ausgehende Beurteilung dieser Form der Verflechtung nicht zu, schon deshalb nicht, weil ihre aktienrechtliche Berücksichtigung nicht zwingend die wB bedingt, einer solchen vielmehr aktienrechtlich unbedenkliche Mittel zur Verfügung stehen. Das erstrebte Ziel dieser Rechtfertigungsversuche läßt sich - soweit überhaupt billigungswert - also auf anderem Wege erreichen.

§ 7

R e f o r m v o r s c h l ä g e

Die neueren Stellungnahmen zur wB fordern, ausgehend von den rechtspolitischen Bedenken, beinahe alle eine gesetzliche Beschränkung dieser Art der Verschachtelung. Die Entscheidung der Frage - die sich schon nach geltendem Recht stellte -, ob beiderseitig gleich starke Beteiligungen einen beherrschenden Einfluß mit der Folge des Verbots der Stimmrechtsausübung aus solchen Beteiligungen begründen oder ob sie sich aufheben bzw. die weitere Frage, ob ggsB auch unter dem Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr zu betrachten sind, der Rechtsprechung zu überlassen⁵³⁸, wird im allgemeinen vom Schrifttum auch dann abgelehnt, wenn die Ansicht vertreten wurde, daß wechselseitig "beherrschenden" Beteiligungen schon nach geltendem Recht beizukommen ist⁵³⁹. Wenn die Auffassungen über die Art und Weise der Beschränkung wB auseinander gehen, so liegt das daran, daß den rechtspolitischen Bedenken gegen wB sehr unterschiedliches Gewicht beigelegt wird, wenn nicht überhaupt diese Bedenken als nur theoretisch bestehend angesehen werden und gegenüber einer von grundsätzlichen Erwägungen ausgehenden gesetzgeberischen Entscheidung eine die Frage der praktischen Notwendigkeit berücksichtigende Lösung gefordert wird, die auch den angeblich "legitimen Zwecken"⁵⁴⁰ einer wB gerecht werden soll. Gemeinsam ist den meisten Änderungsvorschlägen, daß sie von Begriffsmerkmalen des geltenden Rechts, so insbesondere dem der "Abhängigkeit" ausgehen und nicht einen eigenen Begriff wB schaffen wollen. Einen eigenen Begriff wB stellen erst der Referenten- und Regierungsentwurf auf.

1. Verbot jeder Beteiligung zwischen Unternehmen (Müller-Erzbach)

Den weitesten Gesetzesänderungsvorschlag, der auch wB umfaßt, machte Müller-Erzbach⁵⁴¹. Er will nicht nur den Erwerb von Anteilen einer herrschenden Gesellschaft durch eine abhängige Gesellschaft (§ 65 V AktG) ausgeschlossen sehen, sondern umgekehrt auch den Erwerb von Anteilen abhängiger Gesellschaften durch herrschende Unternehmen, da auf diese Weise "dasselbe Kapital zum Bilden beliebig vieler Haftungsstöcke verwendet" werden könnte. Wie Kropff⁵⁴² richtig feststellt, müßte dieser Gesichtspunkt folgerichtig zu einem Verbot jeder Beteiligung (oder einschränkend: jeder konzern-

538) Wie es etwa der Bundesverband des privaten Bankgewerbes (E.V.), Köln, in seiner Denkschrift zur Reform des Aktienrechts, 1956, S. 49 vorschlug.

539) Vgl. etwa Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 117 Fußn. 256 und Winter aaO S. 69.

540) Formulierung von Boesebeck ZKredW 1956, 768.

541) Das private Recht der Mitgliedschaft Rud.Müller-Erzbach, Weimar 1948 S. 374.

542) aaO S. 17.

mäßigen Beteiligung) zwischen Unternehmen führen. Dieser Vorschlag richtet sich damit umfassend gegen die "Beteiligung" als Mittel konzernmäßiger Verknüpfung. Gewiß wird, wenn etwa eine Gesellschaft ihr Kapital zur Gründung einer Tochtergesellschaft verwendet, dasselbe Kapital mehrfach zur Bildung von Grund- oder Stammkapital, also Garantiekapital herangezogen. "Die Bedenken gegen die wB unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung beruhen (jedoch) nicht darauf, daß das gleiche Kapital mehreren Gesellschaften als Garantiekapital dient. Bedenklich ist vielmehr, daß das ausgewiesene Kapital möglicherweise bei keiner der wechselseitig beteiligten Gesellschaften vorhanden ist" (Kropff ⁵⁴³). Diese Bedenken sind gesetzgeberisch zu berücksichtigen. Die Verwendung desselben Kapitals zur Bildung beliebig vieler Haftungsstöcke ist jedoch unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung - solange es zu keinen wB kommt - unbedenklich. Letztlich ist hier gegen Müller-Erbach einzuwenden, daß die Kombination zwischen herrschenden und abhängigen Gesellschaften als rechtliche Organisationsform, als Mittel konzernmäßiger Gliederung, anzuerkennen ist, während der wB sowohl zwischen abhängigen und herrschenden Unternehmen wie auch als Mittel koordinierter Unternehmensverknüpfung die Anerkennung durch das Gesetz zu versagen ist.

2. Einführung eines an den Besitz der Stimmenmehrheit anknüpfenden Konzernbegriffes

Ein anderer Änderungsvorschlag, der ebenfalls nicht nur auf wB bezogen ist - diese aber in gewissem Umfang mit umfaßt - hält folgende Fassung des § 15 AktG für zweckmäßig ⁵⁴⁴: es soll nicht mehr an der begrifflichen Trennung zwischen "Konzern" wie bisher im Sinn des § 15 I und herrschenden und abhängigen Unternehmen festgehalten werden, sondern von einem einheitlichen Konzernbegriff ausgegangen werden, der in einem Abs. 1 aufzustellen wäre. Ein Abs. 2 soll dann bestimmen, daß ein Unternehmen, das mittelbar oder unmittelbar an einem anderen rechtlich selbständigen Unternehmen derart beteiligt ist, daß das mit der Beteiligung verbundene Stimmrecht allein (oder in Verbindung mit dem Stimmrecht Dritter aufgrund von Stimmrechtsbindungsverträgen) mehr als die Hälfte der Stimmen sämtlicher Anteile erreicht, mit dem anderen Unternehmen ein Konzernverhältnis bildet.

543) aaO; gegen diese Abgrenzung nicht zutreffend Winter aaO S. 41 ff vgl. oben S. 137 ff, 145.

544) Ergänztender Vorschlag zur Aktienrechtsreform des Ausschusses Sonderprüfung und Konzernfragen im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland, e.V., Düsseldorf 1959.

Damit soll eine Erleichterung bei der Feststellung aller Konzernverhältnisse, mögen sie in Über- oder Nebenordnung bestehen, erreicht werden, da eine solche Begriffsbestimmung an äußere, leicht nachweisbare Tatsachen anknüpfen würde. Eine wechselseitige Mehrheitsbeteiligung würde zwar auf diese Weise als "Konzernverhältnis" erfaßt werden können - aber auch nur eine solche, was den rechtspolitischen Bedenken gegen wB nicht genügen würde. Im übrigen ist - wenn auch eine gleiche Behandlung aller Konzernverhältnisse in gewisser Beziehung geboten ist, zumal die Gefahren eines Konzerns in der Gegenseitigkeitsbeziehung liegen, ob es sich nun um subordinierte oder koordinierte Verhältnisse handelt - gerade in der Frage des konzerninternen Stimmrechts und des Aktienerwerbs eine Differenzierung nötig: einer herrschenden Gesellschaft den Erwerb weiterer Anteile und das Stimmrecht zu untersagen, entspräche nicht der rechtlichen Anerkennung des "Konzerns", wohl aber muß eine solche Beschränkung für abhängige Unternehmen ausgesprochen werden. Der Begriff der Abhängigkeit wird deshalb kaum als überflüssig betrachtet werden können. Im übrigen bliebe auch die Frage der Rechtsfolge für eine wB offen. Der genannte Vorschlag erscheint deshalb wenig klärend.

3. Einführung eines Begriffes "gegenseitiger Abhängigkeit"

Ein weiterer Änderungsvorschlag (aufgestellt insbesondere von C.E. Fischer ⁵⁴⁵, Rasch ⁵⁴⁶ und Möhring ⁵⁴⁷) geht vom Begriff der Abhängigkeit aus. Danach soll der Gesetzgeber ergänzend zu § 114 VI AktG bestimmen, daß bei Vorliegen des Tatbestands "gegenseitiger Abhängigkeit" das Stimmrecht nicht ausgeübt werden darf. Entsprechend wird eine Fassung des § 15 AktG vorgeschlagen, aus der sich ergeben soll, daß eine ggsB ein beiderseitiges Abhängigkeitsverhältnis begründen kann, bzw., daß die Abhängigkeit einer AG von einem anderen Unternehmen nicht dadurch berührt wird, daß sie ihrerseits dieses Unternehmen "beherrscht". Damit würde das Stimmrecht aus wechselseitig "beherrschender" Beteiligung entfallen. Gegen eine solche Bestimmung bestehen aber doch Bedenken. Sie würde, wie Kropff ⁵⁴⁸ zutreffend bemerkte, dem Wesen des geltenden Abhängigkeitsbegriffes, von dem auch im neuen Aktiengesetz auszugehen sein wird, nicht entsprechen. Dieser ist als "rechtliche Umschreibung eines tatsächlichen Verhältnisses" gefaßt. Dem gegenüber gibt es, was jedoch Kropff

545) C.E.Fischer, Die Reform des Aktiengesetzes, AcP Bd. 154 S. 181 ff, 240, 241.

546) aaO S. 306.

547) DRiZ 1957, 203 ff, 204.

548) aaO S. 17.

nicht erwähnt, zunächst schon einmal keine "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des § 15 II. Und wie Kropff richtig feststellt (und es zum geltenden Recht schon Boesebeck getan hat ⁵⁴⁹), würde eine "tatsächliche" wechselseitige Abhängigkeit (wenn es sie gäbe) durch die Rechtsfolge der Abhängigkeit - den beiderseitigen Stimmrechtsentzug - wieder ausgeschlossen. Ohne Stimmrecht kann es jedenfalls aufgrund einer Beteiligung keine Beherrschung geben. Gewiß wären diese Einwände gegenüber dem erklärten Willen des Gesetzgebers, das wechselseitige "beherrschende" Stimmrecht auszuschließen, als formalistisch zu werten. Es würde sich aber gesetzestechisch empfehlen, wollte man eine das Stimmrecht aus wechselseitig "beherrschenden" Beteiligungen ausschließende Bestimmung einführen, die "wechselseitige Abhängigkeit" zu fingieren; Kropff denkt so etwa an folgende Bestimmung: "Wechselseitig beteiligte Gesellschaften, die, wenn sie stimmberechtigt wären, aufeinander beherrschenden Einfluß hätten, haben kein Stimmrecht". Zunächst würde auch eine solche Bestimmung die Möglichkeit tatsächlicher wechselseitiger Abhängigkeit voraussetzen. Ob mit einer solchen Bestimmung, "da der beherrschende Einfluß dann nicht als Tatsache feststellbar wäre", wie Kropff meint, nur wechselseitige Mehrheitsbeteiligungen erfaßt werden könnten, erscheint zweifelhaft. Das Stimmrecht hypothetisch ergänzt, ließe doch wohl die Entscheidung zu, daß wB, jede für sich betrachtet, beherrschenden Einfluß gestatten würden, obwohl sie nicht Mehrheitsbeteiligungen sind. Davon scheint auch der Regierungsentwurf (RegE) in § 18 III auszugehen, wenn er bestimmt: "Gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder kann jedes auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben, so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig". An diesem Wortlaut zeigt sich, daß auch der RegE, wie in der Begründung ⁵⁵⁰ zum Ausdruck gebracht wird, davon ausgeht, daß "wechselseitig beherrschender Einfluß beide Unternehmen abhängig macht" und er "jeden Zweifel darüber, daß ein wechselseitig beherrschender Einfluß sich nicht aufhebt" beseitigen will. Da es aber wechselseitige Abhängigkeit im Sinne wechselseitiger Subordination nicht geben kann, sollte auch der Gesetzgeber davon ausgehen. Er müßte dann, wenn er koordinierte Verhältnisse, wie höhere wB, mit Begriffsmerkmalen erfassen will, die ihrem Wesen nach Subordinationsverhältnisse typisieren, konsequent die Fiktion als rechtstechnisches Mittel verwendet. Er sollte also

549) DB 1955, 402; gegen ihn Mestmäcker aaO S. 116 Fußn. 286 und Winter aaO S. 63. Vgl. dazu oben S. 127 ff.

550) S. 103.

nicht nur, wie in RegE § 18 III vorgesehen, die wechselseitige Abhängigkeit nur deshalb fingieren ("gelten"), weil sie durch den Stimmrechtsentzug wieder ausgeschlossen würde; er sollte also nicht Feststellung verlangen, daß "jedes Unternehmen beherrschenden Einfluß ausüben kann", sondern die Ausdehnung der Fiktion auf wechselseitige Minderheitsbeteiligungen davon abhängig machen, daß jede Beteiligung für sich betrachtet, "beherrschenden Einfluß" gewährt, obwohl dieser wechselseitig zur Koordination führt. Wenn auch gegenüber der jetzt vorgesehenen Fassung des RegE § 18 III sowie gegen die Begründung von betroffenen Unternehmen sicher nicht vorgebracht werden könnte, daß es wechselseitige Abhängigkeit bzw. "wechselseitig beherrschenden Einfluß" nicht geben kann, würde eine Änderung des RegE angebracht sein. Da es gesetzestechnisch leicht zu vermeiden wäre, sollte der Gesetzgeber eine Streitfrage des geltenden Rechts nicht unrichtig entscheiden.

Bedenken begegnet eine solche die "wechselseitige Abhängigkeit" fingierende Bestimmung aber auch deshalb, weil sie es allenfalls ermöglichte, wechselseitige Mehrheitsbeteiligungen bzw. wechselseitig, jeweils für sich betrachtet, "beherrschende" Beteiligungen zu erfassen. Das wäre, wie Kropff⁵⁵¹ zutreffend einwendet, sowohl unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung, wie auch besonders dem des Verwaltungseinflusses, zu spät. Eine von Verwaltungseinflüssen freie Willensbildung der HV kann auch bei Unternehmen mit sonst weit gestreutem Aktienkapital bei wechselseitig, jeweils für sich betrachtet, nicht beherrschenden Beteiligungen gefährdet, wenn nicht gar unmöglich sein. Gegen ihre Entstehung sollte daher schon in einem früheren Zeitpunkt eingeschritten werden. Es ließe sich also allenfalls daran denken, neben einer Vorschrift, die die Entstehung wechselseitiger, die freie Willensbildung der HV ausschließender (bzw. gefährdender), Beteiligungen unterbindet - die nicht mehr von dem Begriff der "Abhängigkeit" und "Beherrschung" ausgehen dürfte - eine "wechselseitige Abhängigkeit" von Unternehmen, die wechselseitig mit jeweils für sich betrachtet "beherrschenden" Beteiligungen verflochten sind, zu fingieren. Diesen Weg geht der Regierungsentwurf (darüber im einzelnen später). Ob eine solche ergänzende Regelung zweckmäßig und nötig ist, soll im Zusammenhang mit dem Regierungsentwurf erörtert werden. Sie wird sicher nötig sein, wenn es wechselseitig beteiligten beschränkten Unternehmen gestattet wird, durch Zuerwerb den Einfluß aus ihrer Beteiligung zu einem für sich betrachtet "beherrschenden" auszubauen.

4. Verhältnismäßige Zurechnung mittelbar eigener Aktien (Boesebeck)

Boesebeck⁵⁵² hat vorgeschlagen, eine gesetzliche Beschränkung wB an den Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr anknüpfen zu lassen. Zwar sollte zunächst einmal bestimmt werden, "daß wechselseitige Abhängigkeit nicht zur Unabhängigkeit führt". Wenn auch durch eine solche Bestimmung über die Abhängigkeit mittelbar die Kapitalbeteiligung getroffen werden, so genüge das aber doch den Bedenken, die aus dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Einlagenrückgewähr bestehen, nicht. Anders als nach dem geltenden Recht sollte daher diesem Bedenken unmittelbar Rechnung getragen werden. Boesebeck schlägt vor, zu diesem Zweck die Bestimmung über den Erwerb eigener Anteile sinngemäß auf die wB zu übertragen, d.h., die wB, die sich wirtschaftlich als Einlagenrückgewähr darstellt, nur in dem Umfange zuzulassen, in dem es rechtlich möglich wäre, eigene Aktien zu erwerben. Einer Gesellschaft, die an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, sollte deshalb eine Beteiligung dieser anderen Gesellschaft an ihr in dem Verhältnis zugerechnet werden, in dem sie - die erstere - an der anderen beteiligt ist. Ist etwa ein Unternehmen an einem anderen mit 30 % des Grundkapitals beteiligt, so könnte dieses andere Unternehmen sich seinerseits an dieser, an ihm beteiligten Gesellschaft mit 30 % beteiligen, ohne dadurch, da beiden nunmehr wirtschaftlich 9 % eigener Aktien zuzurechnen wären, die Grenze des zulässigen Erwerbs eigener Aktien zu überschreiten. Andererseits wäre eine wB von 40 %, die wirtschaftlich einem beiderseitigen Besitz an eigenen Aktien in Höhe von 16 % gleichkäme, unzulässig. Der Höchstsatz für eine gleich hohe wB würde etwa bei 31,5 % liegen; denn jeder Gesellschaft wären 9,92 % der Beteiligung der anderen Gesellschaft als eigene Aktien zuzurechnen, ein Prozentsatz, der also nahezu die Grenze des zulässigen Erwerbs eigener Aktien erreichte. Dieser Höchstsatz dürfte, meint Boesebeck, auch die "goldene Mitte" einhalten, da er "respektvollen Abstand" von dem Beteiligungssatz hielte, der normalerweise zur Begründung der Abhängigkeit führt, also gegenüber dem geltenden Recht die Möglichkeit wB erheblich einschränkte, andererseits aber auch das Interesse der Unternehmen an dem mit einer Beteiligung von 25 % verbundenen steuerlichen Schachtelprivileg anerkennen würde, es also ausschlosse, daß der wB durch das Steuerrecht "prohibitive Schwierigkeiten" in den Weg gelegt würden.

552) ZKredW 1956, 768; zustimmend Würdinger "Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich"? (Vgl. Fußn. 427) S. 20; wohl auch Duden, BB 1957, 1230, 1231 und Schilling, JZ 57, 529, 531.

Diese Ableitung der Zulässigkeitsgrenze für wB von der Grenze des zulässigen Erwerbs eigener Aktien ist, worauf Kropff ⁵⁵³ hinweist, zunächst einmal nicht zwingend. Was schon wechselseitige Aktienzeichnung betrifft, so steht ihr entgegen, daß eine Gesellschaft eigene Aktien überhaupt nicht zeichnen darf (§ 51 AktG, RefE § 52, RegE § 53). Der entgeltliche Erwerb eigener Aktien ist überdies im allgemeinen nur erlaubt zur Abwendung eines schweren Schadens (§ 65 I AktG, RefE § 66 I, RegE § 68). Auch wäre eine Gesellschaft aus zulässig erworbenen eigenen Aktien nicht stimmberechtigt (§ 65 VII AktG, RefE § 66 VII, RegE § 68 VI). Boesebeck meinte dem gegenüber, daß bei zulässigem wechselseitigen Aktienbesitz es nicht erforderlich sein sollte, daß der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens (der anderen Gesellschaft) erfolge ⁵⁵⁴. Auch sollte das Stimmrecht nicht versagt werden. Zur wechselseitigen Aktienzeichnung äußerte sich Boesebeck nicht ausdrücklich; aber auch sie wird er wohl trotz der für die Zeichnung eigener Aktien geltenden Bestimmung des § 51 II AktG bis zu der von ihm für zulässig gehaltenen Grenze zulassen wollen. Diese von Boesebeck für wB - deren zulässigen Höchstsatz er doch aus dem für den Besitz eigener Aktien nach geltendem Recht vorgeschriebenen Höchstsatz entnehmen will - vorgeschlagene Abweichung von den Grundsätzen über Erwerb eigener Aktien und der Ausübung der Rechte aus diesen besagt jedoch im Grunde nichts anderes, als daß Boesebeck den in der Begründung wB für beide Unternehmen liegenden mittelbaren Erwerb eigener Aktien - soweit er den "Höchstsatz" nicht überschreitet - dem unmittelbaren Erwerb eigener Aktien nicht gleichstellen wollte; denn alle für eigene Aktien geltenden wesentlichen Grundsätze will Boesebeck auf den "zulässigen" Erwerb wB gerade nicht angewendet wissen. Das ist rechtspolitisch auch durchaus gerechtfertigt, wenn auch rechnerisch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Einlagenrückgewähr schon eine wB von nur 10 % einem Erwerb eigener Aktien (wenn auch nur in Höhe von 1 %) gleichsteht. Eine Beschränkung wB unter dem Gesichtspunkt der Einlagenrückgewähr (allgemein der Gefährdung von Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals) ist rechtspolitisch gerechtfertigt erst bei wB maßgeblicherer Höhe, zum anderen dadurch, daß die wB eine Unternehmensverbindung koordinierter Art schafft. Auch wenn diese notwendig nur eine "Verständigung" über die Ausübung des wechselseitigen Stimmrechts erforderlich macht, so besteht doch

553) aaO S. 17.

554) Anders sollte es bei einseitigen Abhängigkeitsverhältnissen sein; denn hier trete der Gesichtspunkt der Mißbrauchsgefahr in den Vordergrund. Es sollten aber auch dabei die Belange des abhängigen Unternehmens berücksichtigt werden und auch nur eine verhältnismäßige Zurechnung erfolgen.

eine gewisse Vermutung, daß wesentliche, das Gegenseitigkeitsverhältnis betreffende Geschäfte, wie die Vergrößerung der ggsB durch Aktienwerb, in ggs Einverständnis vorgenommen werden. Erreicht also die wB eine Höhe, die die beteiligten Unternehmen auf ggs Verständigung angewiesen sein läßt, so ist es auch deshalb gerechtfertigt, eine weitere ggs Zeichnung bzw. ggs Erwerb von Aktien als mittelbaren Erwerb eigener Aktien rechtlich wie den unmittelbaren Erwerb eigener Aktien zu behandeln, auch wenn die Gefahren für das Grundkapital grundsätzlich (zumindest teilweise ⁵⁵⁵) unabhängig davon bestehen, ob ein Koordinationsverhältnis gegeben ist oder nicht. Wenn auch Boesebeck's Vorschlag der Begrenzung wB nicht zwingend aus den Grundsätzen über den Erwerb eigener Aktien hervorgeht, so trifft er doch, wie Kropff ⁵⁵⁶ hervorhebt, "nach System und Ergebnis das Wesentliche". Er behandelt geringfügige wB als ungefährlich und schreitet gegen gefährliche nicht nur durch Entzug des Stimmrechts ein, sondern so, daß sie gar nicht erst entstehen. Er knüpft an den Tatbestand der wB an, d.h., einen leicht feststellbaren Tatbestand und nicht etwa an den Tatbestand der "Koordination" oder "Planmäßigkeit" der Begründung wB.

Wenn es sich trotzdem nicht empfiehlt, seinen Vorschlägen zu folgen, so hat das praktische Gründe. Sollen einer Gesellschaft Aktien, die eine andere Gesellschaft von ihr besitzt, in dem Verhältnis als eigene Aktien zugerechnet werden, in dem sie selbst an dieser anderen Gesellschaft beteiligt ist, so muß sie die jeweilige Höhe der Gegenbeteiligung kennen, um dafür Sorge tragen zu können, daß ihre eigene Beteiligung unter der Gefahrengrenze bleibt. Boesebeck's Vorschlag setzt demnach eine Kenntnis des jeweiligen Stands der Gegenbeteiligung voraus, die aber allenfalls für bestimmte Stufen gewährleistet werden kann. Aus diesen Gründen ist auch, wie Kropff ⁵⁵⁷ dartat, der RefE (wie der RegE) den Vorschlägen Boesebeck's nicht gefolgt.

5. Der Vorschlag von Winter

Anstelle der im RegE (§ 316) vorgeschlagenen Lösung, auf die noch einzugehen sein wird, tritt Winter ⁵⁵⁸ für eine Regelung in Anlehnung an das französische Recht ⁵⁵⁹ ein. Danach sollte in das neue AktG eine Bestimmung aufgenommen werden, "wonach eine Gesellschaft Aktien einer anderen Gesellschaft nicht übernehmen oder entgeltlich

555) Vgl. oben S. 41, 45, 140, 145.

556) aaO S. 17.

557) aaO.

558) aaO S. 72/73.

559) Vgl. dazu die Hinweise bei Boesebeck ZKredW 1956, 768, Kropff aaO S. 16 und Winter aaO S. 23/24.

erwerben darf, wenn diese an ihr mit 10 v.H. oder mehr beteiligt ist". Einbezogen werden sollten auch "mittelbare wB" - also Dreiecks- oder Zirkularbeteiligungen - ⁵⁶⁰. Der Erwerb einer wB sollte auch unzulässig sein, wenn die erwerbende Gesellschaft bereits 10 % an eigenen Aktien besitze. Das soll wohl so verstanden werden, daß dann auch nicht Aktien einer anderen Gesellschaft erworben werden dürften, wenn diese noch nicht mit 10 % an der ersten beteiligt ist. Ausgenommen von dem grundsätzlichen Verbot sollte die Übernahme von Aktien aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, sowie die Übernahme und der Erwerb durch ein abhängiges Unternehmen (die nach den Grundsätzen des bisher geltenden Rechts behandelt werden sollten, wie das auch der RegE, §§ 53 II, 68 VI, vorsieht). Darüberhinaus sollte in sinngemäßer Anwendung der für den Erwerb durch ein abhängiges Unternehmen zugelassenen Ausnahmen vom Erwerbsverbot (RegE § 68 IV iVm 68 I) ein weiterer Erwerb wB zugelassen werden; die Grenze müßte - wie Winter das zum geltenden Recht gefordert hat ⁵⁶¹ - durch verhältnismäßige Zurechnung bestimmt werden; der "schwere Schaden" müßte beiden Gesellschaften drohen (Winter setzt hier wie für das geltende Recht praktisch eine Unternehmensverbindung voraus ⁵⁶²). Die Übertretung des Verbots soll nicht die Nichtigkeit der Übernahme oder des Erwerbs zur Folge haben. Das obligatorische Geschäft bei der Übernahme neuer Aktien soll aber - vorbehaltlich einer Heilung durch die spätere Erfüllung - unwirksam sein.

Das Stimmrecht aus den wB soll ausgeschlossen werden, wenn die besondere Gestaltung der wB es den Verwaltungen ermöglichte, Einfluß auf die eigene HV zu nehmen, also bei "einseitiger" und "gegenseitiger" ⁵⁶³ Abhängigkeit, sowie bei Tatbeständen koordinierter Zusammenfassung, also bei "wirtschaftlicher Zusammenarbeit" ⁵⁶⁴ und "Identität der Verwaltungen" ⁵⁶⁵.

Zunächst ist festzustellen, daß diese Regelung wB noch nicht einmal in Höhe von wechselseitig 10 % zuläßt - sofern nicht der Erwerb gleichzeitig erfolgen würde. Sie würde ein Unternehmen ungerechtfertigt begünstigen - nämlich das, das zuerst 10 % der Aktien eines anderen besitzt - wenn nicht auch das andere insofern beschränkte

560) Die das französische Recht nicht beschränkt, vgl. Winter aaO S. 73, 24 und die die Entwürfe der Rechtsprechung überlassen wollen, vgl. Kropff aaO S. 18.

561) aaO S. 54 ff; vgl. oben S. 50 ff.

562) Vgl. oben S. 49 ff.

563) Die Winter aaO S. 60 ff, 68, 70 für möglich hält. Vgl. oben S. 106

564) aaO S. 65 ff; vgl. oben S. 119 ff, 120 ff.

565) aaO S. 67; vgl. oben S. 122 ff.

Unternehmen durch verbotswidrigen Erwerb den Zuerwerb durch das erste Unternehmen ausschließen könnte; denn sonst hätte das erste das andere ja ohne die Möglichkeit einer Gegenwehr in der Hand ⁵⁶⁶. Gegen die Einbeziehung von Ringbeteiligungen wäre nichts einzuwenden. Was die Höhe der von Winter gezogenen Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen wB betrifft, so soll darauf später eingegangen werden ⁵⁶⁷. Die Einbeziehung von im Besitz einer Gesellschaft befindlichen eigenen Aktien darf meines Erachtens ebenfalls nicht zu einer ungleichen Behandlung beider Gesellschaften führen. Die Bedenken gegen die Gefährdung von Kapitalaufbringung und -erhaltung haben hier zurückzustehen.

Die von Winter vorgeschlagene Regelung der Stimmrechtsfrage ist unzulänglich. Abgesehen von der Schwierigkeit der begrifflichen Konzipierung des Tatbestandes, an den der Stimmrechtsentzug anknüpfen soll und der weiteren Schwierigkeit des praktischen Nachweises, besteht die Gefahr einer Kräfteverschiebung schon bei wechselseitig beteiligten Unternehmen, die lediglich in der Ausübung des Stimmrechts auf ggs Verständigung angewiesen sind, dagegen im übrigen nicht koordiniert sind. Gewiß besteht die Wahrscheinlichkeit einer weitergehenden wirtschaftlichen Zusammenarbeit. Sie ist aber keineswegs Voraussetzung für eine ggs Verständigung über die Ausübung des wechselseitigen Stimmrechts. Es sollte daher der Stimmrechtsentzug an eine bestimmte Höhe wB anknüpfen, bei der eine ggs Verständigung typisch zu erwarten ist, wenn nicht sogar - um jede Gefahr einer Kräfteverschiebung auszuschließen - bei einer Höhe, bei der sie gerade noch nicht notwendig ist ⁵⁶⁸.

6. Anwendung des Rechtsgedankens von § 33 II GmbHG auf die Begründung wB

Bedenken bestehen schließlich gegen eine Regelung, die den Rechtsgedanken des § 33 II GmbHG auf wB anwenden würde. Danach dürften sich zwei Unternehmen nur noch zu Lasten ihrer freien Rücklagen wechselseitig beteiligen; weder Grundkapital noch gesetzliche Rücklagen dürften zur Bildung wB herangezogen werden. Zunächst erforderte eine solche Regelung die Klärung, ob eine solche Beschränkung in der Höhe der Gegenbeteiligung bzw. nur in Höhe der (im Sinne Boesebeck's etwa) "zuzurechnenden" mittelbar eigenen Aktien erfolgen

566) Wie das französische Recht zu dieser Frage steht, erläutert Winter nicht. Offensichtlich besteht aber bei ggsB von über 10 % eine beide Unternehmen ungleich schwer treffende Veräußerungspflicht. Ob das Unternehmen, das seine Beteiligung nicht zu veräußern hat, an einem Zuerwerb gehindert ist, geht aus Winter's Ausführungen zum französischen Recht nicht hervor. Vgl. unten S. 199 ff.

567) Unten S. 183 ff.

568) Vgl. dazu oben S. 152 ff.

sollte oder ob sie generell bei vorhandenen Gegenbeteiligungen eingreifen soll.

Eine solche Regelung würde jedoch, wie Kropff ^{568a} zutreffend bemerkt, nur den Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung berücksichtigen, nicht dagegen den des Verwaltungseinflusses. Auch eine Koppelung einer solchen Bestimmung mit der Fiktion "wechselseitiger Abhängigkeit" bei jeweils für sich betrachtet, beherrschendem Einfluß, würde deshalb nicht genügen.

Aus demselben Grund wäre es deshalb auch nicht als ausreichend zu betrachten, den Bedenken gegen eine Kapitalverfälschung durch eine Bewertungsvorschrift Rechnung zu tragen, etwa des Inhalts, daß ggsB entweder nur mit ihrem Liquidationswert (d.h. ohne Berücksichtigung der Gegenbeteiligung) oder nur mit dem anteiligen Beitrag der von der Beteiligungsgesellschaft ausgewiesenen offenen Reserven aktiviert werden dürfen. Eine solche Regelung würde zwar den Bedenken gegen einen unrichtigen Kapitalausweis genügen, die rechtspolitisch zumindest ebenso bedenkliche Stärkung des Verwaltungseinflusses dagegen nicht verhindern. Diesen Bedenken wird nur eine Beschränkung wB auf eine "ungefährliche" Höhe gerecht.

§ 8

Regierungs- (und Referenten-) Entwurf

1. Übersicht

- 1) Der RegE und vor ihm schon der RefE des Jahres 1958 sieht erstmalig eine Begriffsbestimmung der "wechselseitig beteiligten Unternehmen" vor, RegE § 18 I (RefE § 18 I).
- 2) Der RegE (wie vorher der RefE) unterwirft neu entstehende wB einer rechtlichen Beschränkung, RegE § 316 I (RefE § 286 I), die jedoch nicht für ein Unternehmen gilt, das seine Beteiligung zuerst erwirbt und sie dem anderen Unternehmen mitteilt und aus diesem Grunde oder deshalb, weil es eine bestehende Gegenbeteiligung nicht kannte, die Entstehung einer wB nicht verhindern konnte, RegE § 316 II (RefE § 286 II).
- 3) Für bei Inkrafttreten des neuen AktG bereits bestehende wB sieht der RegE eine Übergangsregelung vor, § 6 RegE eines EG zum AktG. Der RefE hatte die von ihm vorgesehene Übergangsregelung nur angedeutet, dagegen keinen Entwurf eines EG vorgelegt.
- 4) Ergänzt werden diese Regelungen durch eine jedoch nicht nur für wechselseitig beteiligte Unternehmen geltende Mitteilungspflicht bezüglich erworbener Beteiligungen, gegen deren Verstoß allgemeine, sowie im Rahmen der Vorschriften über wechselseitig beteiligte Unternehmen besondere Rechtsfolgen geknüpft sind, RegE § 19 (RefE § 19). Sie gilt entsprechend auch für wB, die bei Inkrafttreten des neuen AktG bestehen, § 7 RegE eines EG zum AktG.
- 5) Der RegE (wie der RefE) regelt das Verhältnis der Bestimmungen über wechselseitig beteiligte Unternehmen zu den Bestimmungen

über herrschende und abhängige Unternehmen, bestimmt also, wann diese Vorschriften auf wechselseitig beteiligte Unternehmen anzuwenden sind; insbesondere bestimmt er, daß wechselseitig beherrschender Einfluß zur wechselseitigen Abhängigkeit führt, RegE § 18 II und III (RefE § 18 II und III).

- 6) Wechselseitig beteiligte Unternehmen behandelt der RegE (wie der RefE) als "verbundene Unternehmen". Unter diesem neu vorgesehenen konzernrechtlichen Oberbegriff werden Konzernunternehmen i.e.S., herrschende und abhängige Unternehmen, wechselseitig beteiligte Unternehmen und durch einen Unternehmensvertrag verbundene Unternehmen zusammengefaßt. An diesen neuen Begriff sind für jede dieser vier Gruppen allgemein geltende Bestimmungen, insbesondere Berichts- und Auskunftspflichten, geknüpft.

2. Die Begriffsbestimmung "wechselseitig beteiligter Unternehmen"

§ 18 I RegE gibt folgende Begriffsbestimmung:

"Wechselseitig beteiligte Unternehmen sind Unternehmen mit Sitz im Inland in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft, die dadurch verbunden sind, daß jedem Unternehmen mehr als der vierte Teil der Anteile des anderen Unternehmens gehört."

Diese Begriffsbestimmung eines AktG erfaßt also auch wB zwischen Gesellschaften anderer Rechtsformen - wenn auch nur Gesellschaften mbH und bergrechtliche Gewerkschaften ⁵⁶⁹.

Der RefE (§ 18 I) hatte demgegenüber nicht den Zusatz "mit Sitz im Inland" enthalten. Er hatte außerdem eine wB schon angenommen, wenn jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen mehr als der fünfte Teil des anderen Unternehmens gehört. § 18 I Satz 2 RegE (entsprechend § 18 I 2. Halbsatz RefE) bestimmt, daß für die Feststellung, ob einem Unternehmen 25 % der Anteile des anderen Unternehmens gehören, die Bestimmung über die Berechnung einer Mehrheitsbeteiligung (RegE § 16 V; RefE § 16 III Satz 2) gelten soll: d.h. zu den Anteilen, die einem Unternehmen gehören, rechnen auch die Anteile, die einem von ihm abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmen gehören. Durch diese Zurechnungsvorschrift sollen in gewissem Umfang auch Dreiecksverhältnisse erfaßt werden ⁵⁷⁰.

In Verbindung mit den an diesen Begriff der wB anknüpfenden Beschränkungen wB läßt die Begriffsbestimmung des RegE erkennen, von welcher grundlegenden Überlegung der RegE ausgeht:

Er unterscheidet unbedenkliche und bedenkliche wB. Er scheidet deshalb geringfügige wB (bis zu einem Besitz von 25 % der Anteile jeder Gesellschaft) als unbedenklich aus dem Begriff der wB aus ⁵⁷¹. Er zieht die Grenze zwischen den "typisch ungefährlichen und den

569) Vgl. zu den Beschränkungen des § 316 und § 19 unten die S. 192, 218.

570) Vgl. unten S. 188 ff.

571) RegE Begr. S. 104.

gefährlichen wB" starr 572.

a) Die Grenzziehung zwischen gefährlichen und ungefährlichen wB. Die Begriffsbestimmung geht richtig von der Höhe der Beteiligung an der anderen Gesellschaft aus. Kropff ⁵⁷³ meint, daß die Begriffsbestimmung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung statt dessen "auch von dem Teil des Grundkapitals ausgehen (hätte) können, der in Anteilen der anderen Gesellschaft angelegt ist, oder von dem Wert dieser Anteile im Verhältnis zum Eigenkapital". Das hätte bei Gesellschaften mit unterschiedlich hohem Grundkapital zu völlig anderen Ergebnissen geführt. Kropff bringt folgendes Beispiel: bei einer Grenze von 20 %, wie sie der RefE gezogen hatte, würde bei den abgesehen vom Grundkapital vermögenslosen AG A mit DM 5 Mill. Grundkapital und B mit DM 10 Mill. Grundkapital eine wB vorliegen, wenn A DM 1 Mill. B-Aktien und B DM 2 Mill. A-Aktien besäße. Das entspräche - von der Beteiligung an der anderen Gesellschaft aus gesehen - einer wB von 10 % gegen 40 %. Nach der Begriffsbestimmung der Entwürfe läge eine wB zwischen A und B vor, wenn A DM 2 Mill. B-Aktien und B DM 1 Mill. A-Aktien gehörten. Unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungseinflusses ⁵⁷⁴ verdient, wie Kropff zutreffend sagt, die Regelung der Entwürfe den Vorzug, da sie "die Stimmverteilung widerspiegelt". Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung wäre das andere Ergebnis nicht richtiger gewesen. Zwar bestehen die Gefahren wB für das Grundkapital wenigstens zum Teil unabhängig davon, ob eine Unternehmensverbindung (also wirtschaftliche Einheit oder Unselbständigkeit) vorliegt. Die andere Lösung würde aber nicht beachten, daß die Gleichsetzung des Erwerbs wB mit dem Erwerb eigener Aktien im Rahmen konzernrechtlicher Vorschriften gerechtfertigt ist nur, wenn die Beschränkung an einen Tatbestand anknüpft, bei dem eine gewisse wirtschaftliche Einheit typisch ist, oder doch ohne eine Beschränkung durch weiteren Zuerwerb notwendig geschaffen würde.

Für die vom RefE gezogene Grenze bei einem wechselseitigen Besitz von 20 % ist nach der Begründung ⁵⁷⁵ maßgebend gewesen, daß eine wB in mindestens dieser Höhe "in aller Regel nicht nur eine enge vermögensrechtliche Verflechtung (begründet)", sondern auch " - da in den Gesellschafterversammlungen durchwegs nicht alle Anteile vertreten sind - vielfach bereits die zur Verhinderung von Satzungs-

572) RegE Begr. S. 104.

573) aaO S. 18.

574) Die Entwürfe beschränken zu Recht auch aus diesem Gesichtspunkt die Zulässigkeit wB; aa Winter aaO S. 70 ff, 73. Seiner Ansicht kann aber nicht gefolgt werden, vgl. oben S. 152 ff, 178 ff.

575) RefE Begr. S. 200.

änderungen notwendige Sperrminorität (erreicht) und ... damit die Gefahr eines erheblichen Verwaltungseinflusses (begründet)". Dem wäre entgegenzuhalten, daß die Präsenzen bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und bergrechtlichen Gewerkschaften im allgemeinen 80 % des Nennkapitals bzw. der Kuxe erreichen werden, so daß allenfalls bei der AG angenommen werden kann, daß ein Besitz von 20 % aller Anteile die "tatsächliche" Sperrminorität begründet. Was die "Gefahr eines erheblichen Verwaltungseinflusses" betrifft, so würde eine solche nur gegeben sein, wenn Unternehmen bei einer wB in Höhe von 20 % sich verständigen oder doch eine Verständigung wahrscheinlich wäre. Nur soweit Beschlüsse in Frage stehen, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern, würde möglicherweise - bei Präsenzen unter 80 % - eine wB von 20 % eine Verständigung bedingen können. Boesebeck ⁵⁷⁶ hatte wohl recht, als er meinte, daß es dem RefE darauf angekommen wäre, den wechselseitig beteiligten Unternehmen jedenfalls keine Sperrminorität in die Hand zu geben; denn der Satz von 20 % läge doch erfahrungsgemäß noch unter 25 % der Versammlungsmehrheit.

Gegen die im RefE vorgesehene Grenzziehung zwischen unbedenklichen und bedenklichen wB bei 20 % wurde aber vornehmlich geltend gemacht, daß wechselseitig beteiligte Unternehmen die Möglichkeit haben sollten, das Schachtelprivileg des § 9 KStG (und § 60 BewG) in Anspruch zu nehmen, ohne den Beschränkungen für wechselseitig beteiligte Unternehmen zu unterliegen. Andernfalls würden den wB von steuerlicher Seite aus Schwierigkeiten entgegengestellt ⁵⁷⁷. Der RegE zog dann gegen den RefE die Gefahrengrenze bei 25 %. Maßgebend waren dafür folgende Erwägungen ⁵⁷⁸ (wie sie entsprechend für die Festsetzung der Höhe einer mitzuteilenden Beteiligung, § 19 RegE, bestimmend waren ⁵⁷⁹) und denen, soweit sie sich gegen den RefE richten, zuzustimmen ist:

Erst der Besitz von 25 % aller Anteile einer Gesellschaft reiche rechtlich (also nicht nur tatsächlich wie eine Beteiligung von 20 % bei Präsenzen unter 80 %) "zur Verhinderung von Satzungsänderungen und sonstigen strukturändernden Beschlüssen" aus und entspricht "dem eingebürgerten Begriff der qualifizierten Minderheitsbeteiligung". "Außerdem entspricht es kaufmännischer Übung, erst bei einem Besitz von 25 % aller Anteile eine Beteiligung anzunehmen (vgl. schon § 131 A 2 Nr. 6 AktG)". Schließlich wollte auch der RegE wB nicht von steuerlicher Seite aus Schwierigkeiten in den Weg legen,

576) BB 1959 S. 17

577) Vgl. Boesebeck aaO (BB 1959, 17) ebenso schon ZKredW 1956, 768 und RegE Begr. S. 104.

578) Reg.E Begr. S. 104.

579) Reg.E Begr. S. 105.

ihnen also das Schachtelprivileg lassen 580.

Diese Ableitung der Grenzziehung zwischen "gefährlichen und ungefährlichen" WB durch den RegE geht offensichtlich von den gegen WB bestehenden rechtspolitischen Bedenken der Gefahr einer organisatorischen Kräfteverschiebung durch die bei WB mögliche "Herrschaft der Verwaltungen in den Gesellschafterversammlungen" aus 581. Das ist rechtspolitisch gerechtfertigt, da die Bedenken gegen WB, die aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Grundkapitals bestehen, wohl von geringerer praktischerer Bedeutung sind 582. Zu Verwaltungsstimmrecht (mittelbarer Natur) führen WB allerdings nur, wenn die Verwaltungen beider Gesellschaften sich verständigen. Davon, daß wechselseitig beteiligte Unternehmen bei höheren WB auf gegenseitige Verständigung "angewiesen" sind, geht auch der RegE aus 583, wenn er in der Begründung auch nicht ausdrücklich klarstellt, daß grundsätzlich nur die notwendige ggs Verständigung die in der Beschränkung wechselseitig beteiligter Unternehmen liegende Behandlung zweier Unternehmen als rechtlich einheitlich rechtfertigt. Der RegE erklärt so auch nicht ausdrücklich, daß eine WB von 25 % eine ggs Verständigung und damit Verwaltungsstimmrecht zwingend bedingt. Auf der anderen Seite geht er aber auch wohl nicht davon aus, daß WB stets planmäßig geschaffen werden und daher auch in geringerer Höhe als 25 % stets Verwaltungsstimmrecht zur Folge haben. Allerdings kann in der Anerkennung einer "ungefährlichen" WB möglicherweise auch nur zum Ausdruck gebracht worden sein, daß - gleichgültig, ob eine geringere als 25 %ige WB zu Verwaltungsstimmrecht führt oder nicht - dieses und damit die WB als ungefährlich für die freie Willensbildung der HV betrachtet wird und so unbeschränkt bleiben soll 584.

Im Ergebnis entspricht die Grenzziehung bei 25 % grundsätzlich nicht der Grenze, die zu ziehen ist, wenn wir davon ausgehen, daß die Beschränkung WB auf eine bestimmte Höhe rechtspolitisch durch die von einer bestimmten Höhe an gegebene "Notwendigkeit einer ggs Verständigung" gerechtfertigt ist: eine WB von 25 % bedingt notwendig nur eine Verständigung, soweit qualifizierte Mehrheitsbe-

580) Winter aaO S. 56 hält das für sachfremde Erwägungen, die für die aktienrechtliche Wertung keine Bedeutung erlangen dürften. Dem ist grundsätzlich Recht zu geben. Andererseits gibt es keine zwingend abzuleitende Grenzziehung, so daß auch nicht aktienrechtliche Umstände für die Grenzziehung mit berücksichtigt werden können.

581) Das meint auch Boesebeck BB 1959 S. 17 (allerdings zum RefE).

582) Ebenso Boesebeck aaO (obwohl sein Vorschlag, ZKredW 1956, 768, von der Einlagenrückgewähr ausging). Auch Kropff aaO S. 15. Das ist auch Winter aaO S. 70 ff entgegen zu halten.

583) Begr. S. 103.

584) Diese Ansicht wurde auch vom Verfasser vertreten, vgl. oben S. 148 ff. Anderer Ansicht wohl Winter aaO S. 65 ff und 70 ff, 73.

schlüsse in Frage stehen, während sie - was einfache Mehrheitsbeschlüsse betrifft - die freie Willensbildung in der HV wesentlich unbeeinflusst läßt. Eine Grenzziehung bei 25 % verhindert auch die Entstehung einer wB, die, weil sie eine umfassendere Verständigung bedingt, eine ernstliche Gefährdung der freien Willensbildung bedeuten würde und deshalb rechtspolitisch zu mißbilligen wäre. Eine solche Grenzziehung verhindert also die zwingende allgemeine Verständigung bezüglich des wechselseitigen Stimmrechts, wenn sie wB auf eine Höhe beschränkt, die nur in Ausnahmefällen eine Verständigung bedingt. Sie verhindert damit eine zwingende Koordination, da von einer solchen erst die Rede sein kann, wenn eine zumindest allgemein die Stimmrechtsausübung erfassende Verständigung gegeben ist. Besteht trotzdem eine Koordination (d.h. Verständigung), so entspringt diese notwendig anderen Gründen (wie sie etwa zur Schaffung planmäßiger wB durch bereits koordinierte Unternehmen führen können). Was bestehende wB betrifft - die eine Koordination bedingen - so würde durch eine Beschränkung auf 25 % die Notwendigkeit einer Koordination entfallen ⁵⁸⁵.

Aber eine andere Überlegung spricht für eine Festsetzung der Gefahrengrenze bei 25 % des Anteilsbesitzes. Eine zwingend abzuleitende Grenze gibt es nicht. Eine wB von 25 % bedingt notwendig nur eine Verständigung über Beschlüsse, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern, nicht dagegen über einfache Mehrheitsbeschlüsse. Eine wB von 40 % bei sicher notwendiger Verständigung würde auf der anderen Seite schon einen Einfluß gewähren, der sich für jede Beteiligung - betrachtet man sie für sich - als "beherrschender" Einfluß darstellen würde, da Präsenzen über 80 % des Nennkapitals nicht die Regel sein dürften ⁵⁸⁶. Wo innerhalb dieses Spielraums die Grenze zu ziehen ist, wo, wie der RegE ⁵⁸⁷ sich einmal ausdrückt, eine "erhebliche", wo eine "maßgebende" Beeinflussung der HV ausgeübt werden bzw. bei welcher Höhe eine Verständigung und damit Koordination generell angenommen werden kann, ist lediglich im Einzelfall zu entscheiden. Abstrakte Kriterien dafür, wie wir sie etwa für Abhängigkeitsverhältnisse in dem Begriff der "Beherrschung" haben, kann es nicht geben. Die Grenzziehung erfordert daher eine rechtspolitische Wertung: sie hat davon auszugehen, daß grundsätzlich erst die ggs Verständigung in Verbindung mit wB die rechtlich einheitliche Behandlung zweier rechtlich selbständiger Unternehmen rechtfertigt.

585) Vgl. zur Übergangsregelung des RegE unten S. 211 ff.

586) Ob eine Minderheitsbeteiligung beherrschenden Einfluß vermittelt, hat sich nicht nach außergewöhnlichen Präsenzen zu richten, vgl. oben S. 56/57.

587) Begr. S. 103.

Diese Verständigung - Koordination - führt aber zu den rechtspolitisch einen Eingriff des Gesetzgebers erfordernden Gefahren für die Kapitalerhaltung und die freie Willensbildung der HV. Durch wB bedingte Koordinationsverhältnisse können somit nicht anerkannt werden. Der Gesetzgeber hat dafür zu sorgen, daß sie nicht entstehen. Er hat gleichzeitig der wB als planmäßiges Mittel bereits koordinierter Unternehmen zur Erreichung von aktienrechtlich bedenklichen Zielen die Tauglichkeit zu nehmen. Der Gesetzgeber hat, was diesen zweiten Fall betrifft - wenn er nicht an den Tatbestand der "Verständigung" anknüpfen, sondern an den leichter feststellbaren der wB anknüpfen will - zwischen "gefährlichen" und "ungefährlichen" wB die Grenze zu ziehen, die wiederum auf den Fall einer nicht planmäßigen wB bezogen, bei einer Höhe der wB festzusetzen ist, die nicht notwendig eine das wechselseitige Stimmrecht allgemein erfassende Verständigung bedingt. Für die Grenzziehung dürfte daher der vom RegE (wie vom RefE) maßgebende Gesichtspunkt der ausreichenden Sicherung der freien Willensbildung der HV den im Ergebnis zu billigenden rechtspolitischen Ansatzpunkt einer Gesetzesänderung zu bilden haben. Im Grunde müßte dieses Ziel sogar zur Festsetzung der Gefahrengrenze unter 25 % des Anteilsbesitzes führen, d.h., zur Festsetzung auf eine Höhe, die vielleicht tatsächlich, nicht aber rechtlich zur Verhinderung bestimmter Beschlüsse ausreicht. Dem stehen einmal aber die Erwägungen entgegen, die den RegE zur Änderung der vom RefE festgesetzten Grenze bei 20 % veranlaßten. Zum anderen sollten und werden satzungsändernde und ähnliche Beschlüsse nicht gegen die Verwaltung gefaßt werden, so daß gegen die Festsetzung der Grenze bei 25 % wohl nicht spricht, daß damit sich verständigenden Verwaltungen die Möglichkeit gegeben ist, qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse, die von den freien Aktionären gewünscht werden, zu verhindern. Verständigen sie sich nicht - was bei 25 % der Regelfall sein wird, von dem, wie sich zeigen wird, auch die Entwürfe ausgehen -, so ist die freie Willensbildung schon deshalb nicht gefährdet.

Das Ergebnis einer Grenzziehung bei 25 % ist zwar die Behandlung zweier Unternehmen als rechtlich einheitlich, die nicht notwendig eine gewisse wirtschaftliche Einheit bilden. Trotzdem bleibt die bei höheren wB drohende Koordination mit notwendig drohender Gefahr des Mißbrauchs die rechtspolitische Rechtfertigung der rechtlich einheitlichen Behandlung. Wenn auch grundsätzlich die rechtliche einheitliche Behandlung zweier Unternehmen erst an die wirtschaftliche Einheit anknüpfen sollte, so muß doch jedenfalls dann, wenn die

Unternehmenszusammenfassung als solche rechtlich nicht anzuerkennen ist, weil ihr Gegenseitigkeitsverhalten notwendig aktienrechtlichen Grundsätzen widerspricht, wie im Falle wB iVm Koordination, von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden⁵⁸⁸ und schon die Entstehung einer solchen wirtschaftlichen Einheit verhindert werden⁵⁸⁹.

b) Die starre Grenzziehung

Die Entwürfe geben in der Begründung⁵⁹⁰ an, daß sie die Grenze zwischen gefährlichen und ungefährlichen wB im Interesse der Rechtssicherheit starr gezogen haben. Soweit mit dieser Überlegung eine von dem Begriff der "Verständigung" ausgehende Regelung oder die Boesebecksche Verhältnisrechnung als unzumutbar abgelehnt wird, ist den Entwürfen uneingeschränkt beizupflichten. Aber es sollte doch beachtet werden, daß es Fälle wB gibt, die auch bei einer 25 % übersteigenden Höhe typisch zu keiner Verständigung zwischen den wechselseitig beteiligten Unternehmen führen können und somit mit Sicherheit nicht zu den üblicherweise grundsätzlich bei wB auftretenden Gefahren für eine von Verwaltungseinflüssen freie Willensbildung in den HV führen.

Es ist hierbei an Fälle zu denken, in denen ein abhängiges Unternehmen mit einem Dritten wechselseitig beteiligt ist.

Es ist allerdings voraus zu bemerken, daß die Entwürfe, was die Höhe der wB betrifft, es nicht darauf abstellen, daß die Beteiligungen den "wechselseitig beteiligten" Unternehmen unmittelbar gehören; denn es rechnen zu den Anteilen, die einem Unternehmen gehören, auch die Anteile, die etwa einem von ihm abhängigen Unternehmen gehören (RegE § 18 I 2, § 16 V). Diese Zurechnung hat aber nur Bedeutung⁵⁹¹, wenn in Frage steht, ob das herrschende Unternehmen wechselseitig beteiligt ist, d.h., wenn das "andere Unternehmen" an dem herrschenden beteiligt ist. Auch wenn in einem solchen Fall das herrschende Unternehmen nicht selbst an dem anderen beteiligt ist, wohl aber das von ihm abhängige Unternehmen, so sind das herrschende und das andere wechselseitig beteiligte Unternehmen. So sind z.B., wenn A an B mit 51 %, B an C mit 30 % und C an A mit 30 % beteiligt

588) Ähnliche Überlegungen haben den RegE wohl zur unwiderleglichen Vermutung der Abhängigkeit bei Mehrheitsbesitz (§ 16 II) geführt: wenn hier zwar die Unternehmenszusammenfassung als solche anerkannt wird, sollen doch Mißbräuchen wirksam vorgebeugt werden.

589) Eine Grenzziehung bei 10 % - wie sie Winter aaO S. 73 und 55/56 allerdings nur unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung - wäre in jeder Beziehung zu weitgehend.

590) RefE Begr. S. 199; RegE Begr. S. 104.

591) Kropff aaO S. 18.

sind, A und C wechselseitig mit 30 % beteiligt ⁵⁹².

Ist aber das "andere" Unternehmen nicht an dem herrschenden Unternehmen beteiligt, sondern nur an dem abhängigen - liegen also keine Dreiecksverhältnisse vor, sondern nur indirekte Beteiligungen (von dem herrschenden Unternehmen aus gesehen) - so können wir folgende drei Fallgruppen unterscheiden, für die keine Zurechnung möglich ist ⁵⁹³:

- 1) Ein abhängiges Unternehmen ist mit
 - a) einem anderen abhängigen Unternehmen des gleichen
 - b) einem anderen abhängigen Unternehmen eines anderen herrschenden Unternehmenswechselseitig beteiligt.
- 2) Ein abhängiges Unternehmen ist mit einem unabhängigen Unternehmen wechselseitig beteiligt.

Fall 1a: Zwei Untergesellschaften einer herrschenden Gesellschaft sind wechselseitig beteiligt. Hier ist es praktisch so, als ob die herrschende Obergesellschaft an jeder ihrer Untergesellschaften mit ihren eigenen und den Anteilen der jeweils anderen Untergesellschaft beteiligt wäre. So tritt auch Zurechnung ein, was die Berechnung der Höhe ihrer Mehrheitsbeteiligungen betrifft, RegE § 16 V. Ein Stimmrechtsentzug bezüglich der 25 % übersteigenden wB ist durch die Ratio der Regelung des RegE (wie allgemein durch die grundsätzliche rechtspolitische Wertung der wB) nicht gedeckt: die "freie" Willensbestimmung der HV durch die Obergesellschaft bleibt durch das wechselseitige Stimmrecht der Untergesellschaften unangetastet; das wechselseitige Stimmrecht ist auch nicht Verwaltungsstimmrecht, sondern wirtschaftlich Stimmrecht der Obergesellschaft. Die beiden wechselseitig beteiligten Unternehmen können aufeinander keinen irgendwie gearteten, vom Willen der sie beide beherrschenden Obergesellschaft selbständigen Einfluß ausüben.

Fall 1b: Zwei Untergesellschaften zweier verschiedener herrschender Gesellschaften sind wechselseitig beteiligt. Es ist etwa A an C und B an D mit je 51 % beteiligt, C und D sind wechselseitig mit 30 % aneinander beteiligt. Auch hier ist ein Stimmrechtsentzug bezüglich der 25 % übersteigenden wB nicht mit dem Schutz der "freien" Willensbildung der HV der wechselseitig beteiligten Unternehmen zu rechtfertigen. C ist von A, D von B abhängig. Einer "Verständigung" bedarf es nur, wenn bei C und D qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse gefaßt werden sollen: hier werden sich aber wohl A mit D über die Stimmrechtsausübung bei C und B und C über die Stimmrechtsausübung bei D, wenn nicht sogar unmittelbar A und B sich "verständigen"; denn C wird willensmäßig zwar in erster Linie von A, aber auch von B über D und ebenso D von B und A über C bestimmt. A und B sind an je einer

592) Kropff aaO. Es würden, sagt Kropff zu Recht, damit in gewissem Umfang durch die Regelung für wB auch Dreiecksverhältnisse erfaßt. Im übrigen müsse, meint Kropff, die Behandlung solcher mehrseitiger Beteiligungen (besser Dreiecks- oder Zirkularverhältnisse) einer "an den Grundgedanken des Rechts der wechselseitigen Beteiligungen orientierten Rechtsprechung überlassen werden". Demgegenüber fordert Winter aaO S. 73 die gesetzliche Einbeziehung der "mittelbaren wechselseitigen Beteiligung" in die Regelung. Dem ist zuzustimmen, schon um Umgehungen der Bestimmungen für wB zu vermeiden. Die Gefahren für das Grundkapital bestehen hier grundsätzlich in gleicher Weise. Ebenso die Gefahr einer Kräfteverschiebung zugunsten der Verwaltung, wenn auch nur nicht so offensichtlich.

593) Ebenso Kropff aaO S. 18.

Gesellschaft direkt, an der jeweils anderen indirekt (über die von ihnen abhängige Gesellschaft) beteiligt. Ihre Verständigung ist zwar auch durch die "ggs" Beteiligung ihrer Töchter bedingt. Sie führt aber nicht zu "Verwaltungsstimmrecht", sondern stellt sich als Stimmrechtsvereinbarung zwischen Aktionären dar.

Fall 2: Ein abhängiges Unternehmen ist mit einem unabhängigen wechselseitig beteiligten. So ist etwa A an B mit 51 % und B ihrerseits wechselseitig mit 30 % an C beteiligt. Eine Verständigung zwischen B und C über die wechselseitige Stimmrechtsausübung ist zwar denkbar; dadurch wird aber die "freie" Willensbestimmung der HV der B durch A nicht gefährdet. B wird sich als von A willensabhängig auch kaum gegen den Willen der A mit C über die Stimmrechtsausübung verständigen. Was qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse betrifft, so wird dieser "Kombination" wohl eine Stimmrechtsabsprache zwischen A und C typischer sein. A wird sich mit C über die Stimmrechtsausübung der C bei B sowie als "Gegenleistung" über die Stimmrechtsausübung der B bei C verständigen. Was die Vereinbarung über die Stimmrechtsausübung der C bei B betrifft, so handelt es sich hier um eine Stimmrechtsvereinbarung zwischen Aktionären. Die vereinbarungsgemäße Abstimmung der C bei A stellt sich ebensowenig wie die Stimmabgabe der A bei B als Verwaltungsstimmrecht dar. Die Vereinbarung zwischen A und C über die Stimmabgabe der B bei C ist allerdings eine Stimmrechtsvereinbarung zwischen einem (wenn auch nur "indirekten") Aktionär und seiner Gesellschaft. Das Stimmrecht aus solchen "gebundenen" Aktien ist einem Verwaltungsstimmrecht gleichzustellen - 594 -. Dieses einseitige (mittelbare) Verwaltungsstimmrecht kann durch die "Gegenseitigkeit" der Beteiligung, durch die C bei einer 25 % übersteigenden WB, zumindest was qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse betrifft, eine Position hat, in der ihr gegenüber A auf Verständigung "angewiesen" ist, zu einem zwangsläufigen Verwaltungsstimmrecht werden. Anders als bei wechselseitig beteiligten, von dritten Unternehmen unabhängigen Gesellschaften droht in diesem Falle aber keine Koordination zwischen den wechselseitig beteiligten Unternehmen. Das einseitige Verwaltungsstimmrecht beruht auf dem in diesem Fall typischen Gegenseitigkeitsverhalten zwischen A und C, wenn auch ausgelöst durch die WB zwischen B und C.

Es mag also allenfalls in Fall 2 angängig erscheinen, gegen die WB aus dem Gesichtspunkt der Verwaltungsstimmen gesetzgeberisch vorzugehen, wenn auch in diesem Fall nur eine der wechselseitig beteiligten Gesellschaften die Möglichkeit durch die WB erhält, Einfluß auf die eigene HV zu nehmen. Allerdings droht auch hier keine Koordination zwischen den wechselseitig beteiligten Unternehmen. Es wäre daher grundsätzlich richtiger gegen dieses einseitige Verwaltungsstimmrecht nicht aus dem Gesichtspunkt der "WB" sondern aus dem allgemeineren der Fragwürdigkeit einer Stimmrechtsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Aktionär anzugehen. Für die Beschränkung im Rahmen der Vorschriften über WB spricht aber wieder die Zwangsläufigkeit dieses einseitigen Verwaltungsstimmrechts.

In den Fällen 1a und 1b bestehen dagegen aus dem Gesichtspunkt der Kräfteverschiebung gegen die WB keine Bedenken. Sie führen typisch nicht zu einer Koordination zwischen den wechselseitig beteiligten Unternehmen und damit nicht zu Verwaltungsstimmrecht.

Die allgemein für WB erkannten Gefahren für die Kapitalerhaltung

bestehen wenigstens teilweise ⁵⁹⁵ in allen drei Fällen. Beide Unternehmen können wirtschaftlich aber nicht als Einheit betrachtet werden. Allerdings sind, wie ausgeführt wurde, wechselseitig beteiligte Unternehmen nach der hier vertretenen Auffassung als rechtlich einheitlich zu behandeln, ohne daß sie es wirtschaftlich sind, weil die drohende wirtschaftliche Einheit - die Koordination - rechtspolitisch nicht anerkannt werden kann. In den Fällen 1a und 1b droht aber typisch keine Koordination, ebensowenig wie - zwischen den wechselseitig beteiligten Unternehmen - im Fall 2. Diese Fälle also "konzernrechtlichen Bestimmungen" zu unterwerfen, die Tatbeständen der drohenden Koordination in nicht anzuerkennenden Gestaltungsformen entgegenwirken sollen, erscheint also zumindest rechtssystematisch bedenklich, wenn auch im Hinblick auf die Gefahren für das Grundkapital wohl unumgänglich. Unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsstimmen wäre es allenfalls in Fall 2 gerechtfertigt, die wB zu beschränken, während in den Fällen 1a und 1b dazu kein Grund besteht. Sie sollten in dieser Beziehung von einer Beschränkung ausgenommen werden.

3. Die Beschränkung neu entstehender wB

§ 316 I RegE sieht folgende Beschränkung neu entstehender wB vor:

"(1) Sind eine Aktien-Gesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien und ein anderes Unternehmen wechselseitig beteiligte Unternehmen, so können,

sobald dem einen Unternehmen das Bestehen der wB bekannt geworden ist oder ihm das andere Unternehmen eine Mitteilung nach § 19 Abs. 1 gemacht hat,

Rechte aus den Anteilen, die ihm an dem anderen Unternehmen gehören, nur für höchstens den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens ausgeübt werden.

Dies gilt nicht für das Recht auf neue Aktien bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.

§ 16 Abs. 5 ist anzuwenden.

(2) Die Beschränkung des Absatzes 1 gilt nicht, wenn das Unternehmen seinerseits dem anderen Unternehmen eine Mitteilung nach § 19 Abs. 1 gemacht hatte, bevor es von dem anderen Unternehmen eine solche Mitteilung erhalten hat und bevor ihm das Bestehen der wechselseitigen Beteiligung bekannt geworden ist".

§ 286 RefE hatte in Abs. 1 Satz 1 die Ausübung der Rechte nur für "höchstens den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens" gestattet. Er enthielt nicht die Bestimmung des RegE Abs. 1 Satz 2, was seine Erklärung darin findet, daß das Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erst 1959 erlassen, der RefE aber schon Ende 1958 veröffentlicht wurde. Der RefE enthielt ebenfalls nicht die

595) Nicht besteht die Gefahr einer mißbräuchlichen, über eine koordinierte Gesellschaft erfolgenden Umgehung der für den Erwerb eigener Aktien geltenden Bestimmungen.

Bestimmung des RegE Abs. 1 Satz 3, enthielt diesen Zusatz aber, wie auch der RegE in der Begriffsbestimmung des § 18. Der Abs. 2 des RefE entsprach inhaltlich dem Abs. 2 des RegE. Der RefE enthielt aber einen Abs. 1 Satz 2 folgenden Inhalts:

"Das Unternehmen darf ferner, den Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ausgenommen, keine weiteren Anteile an dem anderen Unternehmen übernehmen oder erwerben; ein Verstoß hiergegen berührt die Wirksamkeit der Übernahme oder des Erwerbs nicht."

Die wB beschränkende Vorschrift der § 286 RefE und § 316 RegE greift also nur ein, wenn eines der wechselseitig beteiligten Unternehmen eine AG oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ⁵⁹⁶ ist, ergreift dann aber auch, rechtssystematisch grundsätzlich bedenklich bei einem Aktiengesetz, aber unabdingbar für den Wirklichkeitswert dieser Bestimmungen, auch Unternehmen anderer Rechtsformen - wenn auch im Hinblick auf § 18 der Entwürfe nur Gesellschaften mbH oder bergrechtliche Gewerkschaften. Die Begriffsbestimmung des § 18 hatte demgegenüber auch wB zwischen Gesellschaften mbH oder bergrechtlichen Gewerkschaften getroffen. § 316 RegE (ebenso wie § 286 RefE) erfassen nicht wB zwischen AG und etwa einer OHG, obwohl solche wB theoretisch möglich wären ⁵⁹⁷. Sie dürften jedoch praktisch kaum vorkommen, so daß ein Bedürfnis nicht bestehen wird, sie in einem Aktiengesetz zu regeln ⁵⁹⁸. Im übrigen kann die Behandlung solcher wB der Rechtsprechung überlassen werden, wenn die Begründung zu dem neuen AktG erkennen läßt, daß es ebenso wB zwischen Kapitalgesellschaften und Personalgesellschaften sowie unter letzteren für möglich hält, diese aber nur nicht in einem "Aktiengesetz" regeln will.

Diese wohl unvermeidlich etwas komplizierte Regelung des RegE, der im Grundsätzlichen auch die des RefE entspricht, besagt also, daß ein Unternehmen, das

- a) eine 25 % übersteigende Beteiligung erwirbt und
- b) diese dem anderen Unternehmen sofort mitteilt
- c) ohne daß es dabei mit der Entstehung einer wB rechnen mußte, weil
 - aa) eine Gegenbeteiligung noch nicht bestand,
 - bb) bzw. obwohl eine solche bestand, ihr diese weder mitgeteilt, noch sonst bekannt war,

seine Rechte aus der Beteiligung in voller Höhe ausüben kann.

Geschützt ist also ein Unternehmen, das die Entstehung einer wB

596) Wegen § 267 III RegE, der eine sinngemäße Anwendung der für AG geltenden Bestimmungen auf KGaA vorsieht, ist die Erwähnung der KGaA in § 316 RegE eigentlich überflüssig.

597) Vgl. oben S.8.

598) Ebenso Kropff aaO S. 18.

nicht verhindern konnte, sei es, weil es - bevor eine Gegenbeteiligung besteht - erwirbt und sofort mitteilt, sei es weil es eine bestehende Gegenbeteiligung nicht kannte. Diesen Schutz erfordere die Rechtsicherheit, wird in der Begründung erklärt ⁵⁹⁹.

Grundsätzlich wird also ein Unternehmen, das als erstes eine 25 % übersteigende Beteiligung erwirbt, in der vollen Ausübung seiner Rechte nicht beschränkt. Vielmehr wird grundsätzlich das Unternehmen beschränkt, das durch den nachfolgenden Erwerb einer Gegenbeteiligung eine WB entstehen läßt, es sei denn, das erste Unternehmen hat es versäumt, seinen Erwerb dem anderen Unternehmen sofort gemäß

§ 19 RegE mitzuteilen. Aber auch in diesem Fall bleibt das zweite Unternehmen beschränkt, wenn es trotz der unterbliebenen Mitteilung durch das erste Unternehmen von der Gegenbeteiligung sonst Kenntnis erlangt hatte.

Wie in der Begründung ⁶⁰⁰ erläutert wird, soll und wird auch durch diese Regelung verhindert werden, daß

- a) wechselseitig beteiligte Unternehmen einverständlich von der Mitteilung ihres Beteiligungserwerbs absehen; denn in diesem Fall werden beide beschränkt. Das einverständliche Unterlassen ermöglicht also kein Ausweichen vor der Beschränkung.
- b) Es wird der Anreiz zu einem Wettlauf in der Erstattung der Anzeige nach dem Bekanntwerden der WB genommen.

Denn gesichert ist ein Unternehmen nur, wenn es sogleich nach dem Erwerb oder der Übernahme einer Beteiligung von mehr als dem vierten Teil der Anteile eines anderen Unternehmens die nach § 19 RegE vorgeschriebene Mitteilung macht.

Die Beschränkungen drohen nicht nur den unmittelbar wechselseitig beteiligten Unternehmen, sondern auch solchen Dritten, deren Anteile einem der wechselseitig beteiligten Unternehmen zugerechnet werden, § 316 I 3 RegE. Es kann also etwa ein von einem der wechselseitig beteiligten Unternehmen abhängiges Unternehmen Rechte aus Anteilen des anderen Unternehmens nicht ausüben, soweit sie zusammen mit den Anteilen, die das herrschende Unternehmen unmittelbar besitzt, den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens übersteigen. Wem das Stimmrecht bleibt, wenn die Anteile, aus denen ein herrschendes Unternehmen mit einem dritten Unternehmen wechselseitig beteiligt ist, teils ihm unmittelbar, teils einer von ihm abhängigen Gesellschaft gehören, bedarf sicher keiner gesetzlichen Regelung. Sie kann beiden Unternehmen überlassen werden ⁶⁰¹.

599) RefE S. 411, RegE S. 240. Vgl. dazu unten S. 210/211.

600) RefE S. 412, RegE S. 241.

601) So auch Kropff aaO S. 19.

Der Inhalt der Beschränkung ist folgender: das beschränkte Unternehmen kann Rechte aus seiner Beteiligung nur für höchstens den vierten Teil aller Anteile des anderen Unternehmens ausüben. Nur bis zu 25 % aller Anteile können also Stimmrecht, Bezugsrecht, Rechte auf Gewinnanteil ausgeübt werden⁶⁰². Ausgenommen von dieser Beschränkung ist lediglich das Recht auf neue Aktien aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, weil diese "der Sache nach die Beteiligung nicht verändert, sondern nur ihren Nennbetrag erhöht"⁶⁰³. Dieses Recht kann also auch aus beschränkten Anteilen ausgeübt werden.

Werden beschränkte Rechte gleichwohl ausgeübt, so soll das nur "je nach der Art des ausgeübten Rechts zivilrechtliche, unter Umständen auch strafrechtliche Folgen haben"⁶⁰⁴.

Im Gegensatz zum RefE verbietet der RegE "es einem wechselseitig beteiligten Unternehmen" - damit ist wohl auch ein beschränktes Unternehmen gemeint - "nicht, weitere Anteile des anderen Unternehmens zu übernehmen oder zu erwerben"⁶⁰⁵. Es erscheint nicht ganz klar, was die Verfasser der Begründung sich unter einer "weiteren Übernahme" von Anteilen vorgestellt haben. Es sollte damit wohl nicht gesagt werden, daß eine beschränkte Gesellschaft auf ihren Anteilsbesitz, soweit er 25 % nicht übersteigt, neue Aktien übernehmen darf. Das versteht sich aus der Regelung des Entwurfes von selbst. Bis zum vierten Teil aller Anteile kann auch das beschränkte Unternehmen alle Rechte ausüben, so also auch das Bezugsrecht, wie auf der anderen Seite das geschützte Unternehmen völlig unbeschränkt ist. Soweit der Anteilsbesitz eines beschränkten Unternehmens aber 25 % übersteigt, soll es aus seinem Mehrbesitz keine Rechte, so insbesondere auch nicht das Bezugsrecht⁶⁰⁶ ausüben dürfen. Wie ein Unternehmen aber, ohne ein Bezugsrecht ausüben zu dürfen, auf seinen 25 % übersteigenden Besitz entfallende neue Aktien "übernehmen" können soll, leuchtet nicht ein. Der RegE könnte also eigentlich nur so verstanden werden, daß ein beschränktes Unternehmen auf seinen 25 % übersteigenden Besitz keine "weiteren Anteile" übernehmen können soll, auch wenn der oben zitierte

602) Wie Winter aaO S. 71/72 (auch schon Boesebeck BB 1959, 17) richtig bemerkt, liegt hier ein Wertungswiderspruch vor; denn "wechselseitig abhängige Unternehmen" - die wechselseitig wesentlich höher beteiligt sind, werden nur im Stimmrecht (§ 130 II RegE) beschränkt, nicht dagegen in den anderen Mitgliedschaftsrechten. Diese ungleiche Behandlung erscheint unberechtigt.

603) RegE Begr. S. 240.

604) RegE Begr. S. 240.

605) RegE Begr. S. 241.

606) So ausdrücklich RegE Begr. S. 240.

Satz das Gegenteil vermuten ließ. Dieselben Aktien, die das beschränkte Unternehmen aber nicht übernehmen kann, darf es von Dritten jedoch erwerben. Es darf darüberhinausgehend durch weiteren Zuerwerb seine Beteiligung quotenmäßig erhöhen. Die Regelung erscheint somit wenig sinnvoll. Übernahme und Erwerb weiterer Anteile sollten parallel geregelt werden. Einem beschränkten Unternehmen sollte entweder auch der Erwerb untersagt werden oder ihm auch die Übernahme weiterer Anteile, also die Ausübung des Bezugsrechts aus dem 25 % übersteigenden Besitz, erlaubt werden.

Der RefE hatte in § 286 I 2 für das beschränkte Unternehmen ein Übernahme- und Erwerbsverbot ausgesprochen, davon ausgenommen jedoch ausdrücklich den Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge und sinngemäß den "Erwerb" durch Zurechnung von Anteilen, die ein drittes Unternehmen besitzt, über das das beschränkte Unternehmen beherrschenden Einfluß erlangt ⁶⁰⁷. Ein Verstoß gegen das Verbot sollte jedoch die Wirksamkeit der Übernahme oder des Erwerbs nicht berühren. Es konnten auch an verbotswidrige Übernahme oder Erwerb keine weiteren Beschränkungen geknüpft werden, als sie schon den 20 % übersteigenden und damit beschränkten Besitz betrafen. Auf der anderen Seite sollten aus zulässig erworbenen weiteren Anteilen nicht etwa die vollen Rechte ausgeübt werden dürfen ⁶⁰⁸. Die Unterscheidung zwischen zulässigem und unzulässigem Zuerwerb hatte also für das Recht der "wechselseitig beteiligten Unternehmen" keinerlei entscheidende Bedeutung, sieht man davon ab, daß der Vorstand für einen durch unzulässigen Zuerwerb entstandenen Schaden der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet sein sollte, RefE § 88 III Ziff. 3.

Diese Unmöglichkeit, an den verbotswidrigen Zuerwerb andere als die schon den 25 % übersteigenden Besitz treffende Beschränkungen zu knüpfen - läßt man Rechtsfolgen wie "dingliche Unwirksamkeit" oder Veräußerungsgebote außer Betracht - ist wohl der Grund dafür gewesen, daß der RegE ein "Übernahme- und Erwerbsverbot" (wenn er tatsächlich auch eine Übernahme weiterer Anteile durch ein beschränktes Unternehmen ausschließt) als "entbehrlich" bezeichnete ⁶⁰⁹ und davon absah.

Der RegE gibt aber zu ⁶¹⁰, daß ein Zuerwerb von Anteilen, aus denen ein "beschränktes" Unternehmen keine Rechte ausüben kann, gleichwohl für dieses Unternehmen noch von Interesse sein kann; denn erlangt ein beschränktes Unternehmen "beherrschenden Einfluß" über das

607) Den zweiten Fall führte Kropff aaO S. 19 an.

608) Wie es etwa Boesebeck vermutete, aaO S. 17. Er meinte, daß zumindest diese wB einer bei Inkrafttreten des neuen AktG bereits bestehenden wB gleichgestellt werden sollte. Dagegen ausdrücklich Kropff aaO.

609) Begr. S. 241.

610) aaO.

"geschützte Unternehmen", so wird es, wenn nicht gleichzeitig das geschützte Unternehmen als beherrschendes Unternehmen anzusehen ist (RegE § 18 III), von der Beschränkung frei.

Der RegE unterscheidet demzufolge

- a) stückweisen Zuerwerb von Anteilen, aus denen das beschränkte Unternehmen zumindest zunächst keine Rechte ausüben kann und der deshalb von der Verwaltung "in aller Regel" nicht verantwortet werden könnte. Für den Einzelerwerb erübrige sich daher ein Verbot.
- b) den Erwerb eines Aktienpaketes, durch den das beschränkte Unternehmen mit einem Schlag die Mehrheit erlangt. Dieser Erwerb führt zur Anwendung der Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen. Ein Paketerwerb bräuchte daher nicht verboten zu werden, da die Rechtslage "sachgerecht" geregelt sei.

Der Gedankengang des RegE im Falle des stückweisen Zuerwerbs be-
gnet jedoch erheblichen Zweifeln. Gesetzt den Fall, ein Unter-
nehmen, dem eine Gegenbeteiligung mitgeteilt war, schafft bewußt durch
Erwerb einer Beteiligung von 35 % eine wB, so darf es Rechte aller-
dings nur in Höhe von 25 % ausüben. Seine Verwaltung wird einen
stückweisen Zuerwerb mit dem Ziel, eine Mehrheit in der HV des ande-
ren Unternehmens zu erlangen, aber sicher rechtfertigen können. Er
kann im objektiven Interesse des Unternehmens liegen. Zum anderen
- ein entscheidender Gesichtspunkt, den der RegE doch wohl zu wenig
beachtet - führt ein Zuerwerb auch bei Beschränkung der Rechte zu
einer Neutralisierung von Stimmrecht⁶¹¹. Mit jedem Zuerwerb wächst
die Bedeutung der stimmberechtigten 25 %. Eine allgemeine Verständi-
gung und damit Koordinierung mit ihren typischen Gefahren für die
freie Willensbildung der HV dürfte immer unausweichlicher werden,
insbesondere dann, wenn es beiden Unternehmen nicht gelingen sollte,
einseitigen beherrschenden Einfluß zu erlangen. Der vom RegE vorge-
sehene beiderseitige völlige Entzug des Stimmrechts bei "wechsel-
seitig" beherrschendem Einfluß dürfte beide Unternehmen mit einiger
Wahrscheinlichkeit eher zur Verständigung als zur Inkaufnahme völli-

611) Das gilt in gleicher Weise für den unentgeltlichen Zuerwerb (der allerdings für das Grundkapital keine Gefahr bedeutet). Das über-
sieht Winter aaO S. 71, wenn er dem RegE einen Wertungswider-
spruch deshalb vorwirft, weil dieser den unentgeltlichen Erwerb
einem "abhängigen" Unternehmen gestatte (§ 68 IV RegE). Im übr-
igen will ja der RegE den Zuerwerb gar nicht beschränken. Und be-
züglich des Stimmrechts ist die Rechtslage bei abhängigen Unter-
nehmen ja gleich. Allerdings kommt es bei abhängigen Unter-
nehmen durch unentgeltlichen (wie entgeltlichen) Erwerb zu keiner
der freien Aktionäre gefährdenden Neutralisierung von Stimmrecht.
Es tritt sogar das Gegenteil ein: ihr Stimmenanteil erhöht sich.
auch Boesebeck's (BB 1959, 17/18) gegen den RefE gerichteter Vor-
schlag, zwischen 20% und 30% wB nur das Stimmrecht, nicht aber
die übrigen Rechte zu entziehen, geht an der Neutralisierung
des Stimmrechts vorbei.

gen Einflußlosigkeit (allerdings auch Selbständigkeit) veranlassen. Diese Überlegungen berühren schon die Frage, wie sich die nach dem RegE für wechselseitig beteiligte Unternehmen gleichfalls zur Anwendung kommenden Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen auf das Verhalten wechselseitig beteiligter Unternehmen auswirken werden und ob sie eine den Absichten des RegE entsprechende Wirkung haben werden. Aber schon im Zusammenhang mit dem auf seine Zweckmäßigkeit zu untersuchenden Verzicht des RegE auf ein "Übernahme- und Erwerbsverbot" lassen es die obigen Erwägungen fraglich erscheinen, ob der Entzug der Rechte allein, der "unmittelbar den Einfluß der Verwaltung aus wechselseitigen Beteiligungen einschränken" soll "mittelbar" erreicht, daß neue wechselseitige Beteiligungen nicht begründet, gleichwohl entstehende wechselseitige Beteiligungen beschleunigt abgebaut werden", wie der RegE⁶¹² seine Grundabsicht umschreibt. Hinzukommt, daß der RegE die bei einem Zuerwerb und der durch sie wahrscheinlicher werdenden Verständigung und Koordination drohende Gefahr für das Grundkapital (Kapitalverfälschung, Spekulation in eigenen Aktien) wie die unabhängig von einer Koordination für das Grundkapital bestehenden Gefahren eines Zuerwerbs völlig außer Acht läßt⁶¹³.

4. Die Anwendung der Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen auf neu entstehende wB

Die Entwürfe regeln das Verhältnis der Bestimmungen über wechselseitig beteiligte Unternehmen zu den Bestimmungen über herrschende und abhängige Unternehmen.

1) Die Anwendung der Vorschriften über einseitige Abhängigkeit RegE § 18 II (inhaltlich entsprechend RefE § 18 II Satz 1) bestimmt, daß dann, wenn einem der wechselseitig beteiligten Unternehmen

- a) eine Mehrheitsbeteiligung (d.i. nach RegE § 16 II die Mehrheit der Anteile oder die Mehrheit der Stimmrechte) gehört
- b) es auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann,

das eine als herrschendes, das andere als abhängiges Unternehmen "anzusehen" ist.

Diese in dem Worte "anzusehen" zum Ausdruck kommende unwiderlegliche Vermutung einseitiger Abhängigkeit ist sinnvoll nur in der ersten Alternative: bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung soll das sie besitzende Unternehmen als herrschend angesehen werden, auch wenn es tatsächlich nicht die Möglichkeit haben sollte, be-

612) Begr. S. 240

613) Ebenso Winter aaO S. 72.

herrschenden Einfluß auszuüben, so etwa, wenn ein erheblicher Teil seines Anteilsbesitzes aus stimmrechtslosen Vorzugsaktien besteht. In der zweiten Alternative verlangt der RegE dagegen Feststellung tatsächlich bestehender Abhängigkeit; das eine Unternehmen muß herrschend, das andere abhängig sein. So hat richtig RegE § 16 II die unwiderlegliche Vermutung einseitiger Abhängigkeit auch nur an das Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung geknüpft.

Der RefE hatte in § 18 II Satz 2 zusätzlich bestimmt, daß bei der Feststellung, ob einem Unternehmen die Mehrheit der Anteile des anderen Unternehmens gehört, Anteile, aus denen nach § 286 (dem § 316 RegE entspricht) keine Rechte ausgeübt werden können, nicht als Anteile gelten sollen, die dem Unternehmen gehören. Der RegE enthält diesen Zusatz nicht mehr. Dieser Zusatz hatte für ein geschütztes Unternehmen naturgemäß keine Bedeutung. Es wird sowohl nach dem RefE wie nach dem RegE beherrschend, wenn es entweder eine Mehrheitsbeteiligung erwirbt oder eine solche Beteiligung, die, obwohl keine Mehrheitsbeteiligung, gleichwohl beherrschenden Einfluß ermöglicht. Hinzu kommt die Möglichkeit durch satzungsmäßige oder vertragliche Rechte beherrschend zu werden. Für ein beschränktes Unternehmen war der Zusatz des RefE allerdings demgegenüber von erheblicher Bedeutung. Beide Entwürfe gehen davon aus, daß das beschränkte Unternehmen von der Beschränkung frei wird, wenn es einseitig beherrschendes Unternehmen wird. Diese Möglichkeit hatte der RefE durch die Klausel des § 18 II 2 gegenüber dem RegE wesentlich erschwert. Nach dem RefE könnte ein beschränktes Unternehmen, selbst wenn es (erlaubt oder unerlaubt) eine Mehrheitsbeteiligung erlangte, nicht beherrschendes Unternehmen werden. Einen tatsächlichen beherrschenden Einfluß (wie ihn das geschützte Unternehmen schon bei einer Minderheitsbeteiligung haben kann) wird es im allgemeinen nicht erlangen können, da es nur für 20 % seiner Anteile stimmberechtigt sein sollte. Aber auch eine Mehrheitsbeteiligung hätte es nicht zum herrschenden Unternehmen machen können, weil die Anteile, aus denen es keine Rechte ausüben können soll, für die Berechnung der Mehrheit nicht als seine Anteile hätten gelten sollen. Nur wenn das beschränkte Unternehmen so hoch beteiligt gewesen wäre, daß es mit seinem unbeschränkten Stimmrecht von 20 % beherrschenden Einfluß hätte ausüben können, wäre es nach dem RefE (§ 18 II Satz 2) als herrschendes Unternehmen von der Beschränkung frei geworden⁶¹⁴. Nach dem RegE soll dagegen ein beschränktes Unternehmen von seiner Beschränkung schon frei werden, wenn es seine Beteiligung - was ihm immer erlaubt ist und was es entgegen der Annahme des RegE auch

614) So auch die Begr. des RefE S. 201 und Kropff aaO S. 19.

wohl immer verantworten können wird, - zu einer Mehrheitsbeteiligung erhöht, selbst wenn diese eine tatsächliche Beherrschung nicht ermöglichen würde. Eine Minderheitsbeteiligung wird auch nach dem RegE im allgemeinen keine Beherrschung ermöglichen (RegE § 18 II 2. Alternative), da ein beschränktes Unternehmen nur für 25 % seiner Anteile stimmberechtigt sein soll. Sowohl nach dem RefE wie nach dem RegE könnte allerdings ein beschränktes Unternehmen grundsätzlich durch satzungsmäßige oder vertragliche Rechte zu einem beherrschenden Unternehmen werden, ohne daß es beteiligungsmäßig beherrschenden Einfluß haben müßte. Da satzungsmäßige oder vertragliche Beherrschung aber kaum ohne, sondern im allgemeinen nur neben einer beherrschenden Einfluß zulassenden Beteiligung bestehen wird, hat diese Möglichkeit für ein beschränktes Unternehmen nur geringe Bedeutung.

Geht man von einer Gefahrengrenze von 25 % aus - wie der RegE sie zieht -, so wird nach dem RegE ein beschränktes Unternehmen von der Beschränkung frei, wenn es 50 % der Anteile plus 1 Aktie besitzt; es würde nach einem durch die Klausel des § 18 II Satz 2 RefE ergänzten RegE sicher erst frei, wenn es 75 % plus 1 Aktie hat, bei sonst zersplittertem Aktienbesitz und durchschnittlicher Präsenz (der freien Aktionäre) von 75 % möglicherweise schon bei einem Besitz von 70 %, bei dem den stimmberechtigten unbeschränkten 25 % nur 3/4 der freien Anteile von 30 % gegenüber stünden.

Der RefE wollte durch den Zusatz des § 18 II Satz 2 verhindern, daß "ein wechselseitig beteiligtes Unternehmen durch den - regelmäßig verbotswidrigen (E § 286 Abs. 1 Satz 2) - Zuerwerb von Anteilen zum herrschenden Unternehmen werden kann, das den Beschränkungen für wechselseitig beteiligte Unternehmen nicht mehr unterliegt"⁶¹⁵. Kropff⁶¹⁶ betonte, daß er dieses Ergebnis für wirtschaftspolitisch nicht unwesentlich halte; es führe dazu, daß eine Gesellschaft, die über 20 % der Anteile einer anderen Gesellschaft erwerbe und dieser den Erwerb mitteile, "vor jeder zukünftigen Beherrschung durch das andere Unternehmen ziemlich sicher" sei. Man könne, meint er, "darüber streiten, ob dieses Ergebnis wirtschaftspolitisch - als Schranke übermäßiger Konzentration - zu billigen oder ob es als undynamisch abzulehnen" sei. Er, der wohl Mitverfasser des RefE ist, sagte aber ausdrücklich, daß "gesellschaftsrechtlich kein anderer Weg gangbar" sei. "Sonst könnte die Beschränkung der wechselseitigen Beteiligung statt zu deren Abbau, zu einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit führen". Die von Kropff erwarteten

615) RefE Begr. S. 201.

616) aaO S. 19.

Einwände sind nicht ausgeblieben. So stellte man es nicht auf die durch den RefE mögliche Abwehr einer zukünftigen Beherrschung durch das andere Unternehmen ab, sondern erklärte, daß die Regelung dazu führe, "daß derjenige, der 20 % der Anteile eines Unternehmens erworben hat und diesen Erwerb als erster dem anderen Unternehmen anzeigt, nun das andere Unternehmen in der Hand habe, ohne daß eine Gegenwehr möglich sei" ⁶¹⁷. Von dem Unternehmen aus gesehen, dem eine 25 %ige Beteiligung mitgeteilt wird, ist dieser Einwand sicher ebenso berechtigt, wie der von Kropff betonte Gedanke des Schutzes vor zukünftiger Beherrschung durch das eine Beteiligung von 25 % erwerbende Unternehmen, aus der Sicht dieses Unternehmens. Diesen gleichen Schutz dem eine Gegenbeteiligung erwerbenden, also die ggsB begründenden Unternehmen dadurch zu gewähren, daß beiden Unternehmen, also auch dem zuerst erwerbenden Unternehmen die Rechte aus seiner 25 % übersteigenden Beteiligung genommen werden und dem zuerst erwerbenden Unternehmen der Erwerb einer beherrschenden Beteiligung in der gleichen Weise erschwert wird, wie dem zweit-erwerbenden, hielt der RegE wie der RefE - wie sie ausdrücklich in der Begründung hervorheben ⁶¹⁸ - aus Gründen der Rechtssicherheit (auf die sich das zuerst erwerbende und mitteilende Unternehmen berufen könne) für nicht angängig. So blieb für den RegE kein anderer Ausweg, um dem wohl als berechtigt erkannten Bedenken gegen den RefE abzuhelpen, als dem beschränkten Unternehmen annähernd die gleiche Möglichkeit zu gewähren, beherrschenden Einfluß zu erlangen, wie sie dem geschützten Unternehmen offensteht. Das hat der RegE denn auch getan. Das beschränkte Unternehmen soll, was den Erwerb einer herrschenden Beteiligung betrifft, nur dadurch gegenüber dem geschützten Unternehmen schlechter gestellt sein, als es erst durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung zum beherrschenden Unternehmen werden kann und nicht schon durch eine tatsächlich beherrschenden Einfluß gewährende Minderheitsbeteiligung, wie das geschützte Unternehmen, dem das Stimmrecht aus seiner 25 % übersteigenden Beteiligung nicht entzogen werden soll. Diese "Schlechterstellung" mag im Einzelfall von Bedeutung sein, ist aber doch im Vergleich zu der des RefE recht bedeutungslos. Es mutet etwas merkwürdig an, daß die Verfasser des RegE, die wahrscheinlich doch auch die des RefE waren, gegenüber dem RefE einer Regelung den Vorzug gaben, die sie im RefE impliziter als ungangbar ablehnten, weil sonst "die Beschränkung der wechselseitigen Beteiligung statt zu deren Abbau, zu einem beider-

617) So Äußerung in der Diskussion der "Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform", S. 79.

618) RefE Begr. S. 411 und RegE Begr. S. 250.

seitigen Kampf um die Mehrheit führen" könnte, wie es im Schlußsatz der Darlegungen von Kropff⁶¹⁹ zum RefE hieß. Gleichwohl heißt es in der Begründung zum RegE⁶²⁰, daß durch den Entzug der Rechte mittelbar erreicht werden soll, daß wB nicht mehr begründet und trotzdem entstandene beschleunigt abgebaut werden.

Ehe darauf eingegangen werden soll, wie sich die Regelung der Entwürfe auf das Verhalten der wechselseitig beteiligten Unternehmen auswirken würde und ob diese Wirkung den Vorstellungen der Entwürfe entspräche, insbesondere, ob sie zu einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit oder zu einem Abbau der wB führen und welcher der Entwürfe den Absichten seiner Verfasser besser entsprechen würde, soll auf die Vorschriften der Entwürfe über "gegenseitige Abhängigkeitsverhältnisse" eingegangen werden.

2) Die Anwendung der Vorschriften über wechselseitige Abhängigkeit. Die Entwürfe halten eine "wechselseitige Abhängigkeit" im Sinne des überkommenen Abhängigkeitsbegriffes für tatsächlich und rechtlich möglich, also auch schon nach geltendem Recht für möglich. Der RegE (ebenso wie der RefE) will diese für das geltende Recht strittige Frage dahin entscheiden, "daß ein wechselseitig beherrschender Einfluß beide Unternehmen abhängig macht"⁶²¹ und "um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, daß ein wechselseitig beherrschender Einfluß sich nicht aufhebt" "wiederholt (Anm.: der RegE) hierbei (Anm: bei der entsprechenden Bestimmung) die Merkmale des Abhängigkeitsverhältnisses"⁶²².

So bestimmt der RegE in § 18 III :

"(3) Gehört jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung

oder kann jedes auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben,

so gelten beide Unternehmen als herrschend und als abhängig."

Er fingiert ("gelten") die "wechselseitige Abhängigkeit und Beherrschung", weil der Stimmrechtsentzug für abhängige Unternehmen (nach RegE § 130 II) die Möglichkeit einer "wechselseitigen" Beherrschung "wieder" ausschließt⁶²³. Er fingiert nicht den Tatbestand "wechselseitiger Abhängigkeit" als solchen. Was die wechselseitige Mehrheitsbeteiligung betrifft, würde allerdings die Fiktion wechselseitiger Abhängigkeit als solche auch nicht anders gefaßt werden können. Dagegen zeigt sich im 2. Halbsatz der Bestimmung

619) aaO S. 19.

620) S. 240.

621) RefE Begr. S. 198, RegE Begr. S. 103.

622) RegE Begr. S. 104.

623) Vgl. Kropff aaO S. 17.

des § 18 III RegE die Auffassung des RegE von der rechtlichen Möglichkeit wechselseitiger Abhängigkeit - diesen Zweck verfolgt der RegE ja mit der Wiederholung der Merkmale des Abhängigkeitsverhältnisses. Der 2. Halbsatz von § 18 III - der sich auf Minderheitsbeteiligungen bezieht - fordert die grundsätzlich unmögliche Feststellung wechselseitig tatsächlichen beherrschenden Einflusses. Wie die Untersuchung des Verfassers ergeben hat, gibt es einen solchen nicht. Gewiß wäre es nicht angängig, gegenüber der jetzt vorgesehenen Fassung des § 18 III 2. Halbsatz diesen Einwand der tatsächlichen und rechtlichen Unmöglichkeit wechselseitiger Abhängigkeit vorzubringen. Aber es wäre doch richtiger, die Rechtsfolge des § 18 III, was den Sachverhalt des 2. Halbsatzes betrifft, lediglich an die Feststellung anknüpfen zu lassen, daß jede Beteiligung für sich betrachtet beherrschenden Einfluß zulassen würde.

Im Grunde erscheint die rechtliche Vorstellung der Entwürfe hinsichtlich der "wechselseitigen Abhängigkeit" nicht ganz verständlich. Beide Entwürfe gehen nämlich richtig davon aus, daß wechselseitig maßgebend beteiligte Unternehmen "gegenseitig auf Verständigung angewiesen sind"⁶²⁴, also doch wohl koordiniert sein müssen. Daß ihre Verwaltungen "keiner Kontrolle durch die eigentlichen Anteilseigner mehr unterliegen und sich der Sache nach durch wechselseitige Zuwahl ergänzen"⁶²⁵ können, findet auch nach den Entwürfen seinen Grund in der gegenseitigen Verständigung. Möglicherweise meinen die Entwürfe, daß beide Unternehmen sich wegen der wechselseitigen Abhängigkeit und Beherrschung verständigen müssen. Das ist aber nicht richtig. Sie müssen sich deshalb verständigen, weil wechselseitige Beherrschung, also ein selbständiges Vorgehen beider Unternehmen, gerade nicht möglich ist.

Eine ganz andere Frage ist es, ob nach geltendem Recht wechselseitig, jeweils für sich allein betrachtet, beherrschend beteiligten Gesellschaften mittels eines Analogieschlusses oder aus dem Gesichtspunkt der mißbräuchlichen Ausnützung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten wie herrschende und abhängige Unternehmen behandelt werden können. So äußert der RegE die Ansicht, daß sich mindestens aus dem letzteren Gesichtspunkt für das geltende Recht bezüglich wechselseitig beherrschender Beteiligungen eine den Stimmrechtsentzug begründende Lösung ergeben müßte, würde man nicht seiner Ansicht, daß es wechselseitige Abhängigkeit gibt, und die er als die schon nach geltendem Recht herrschende Ansicht betrachtet, folgen⁶²⁶.

624) RefE Begr. S. 199, RegE Begr. S. 103.

625) aaO (Fußn. 624).

626) RegE Begr. zu § 6 eines EG zum AktG S. 314; vgl. dazu oben S. 135 Fußn. 412 a.

Der RefE hatte die ggs Abhängigkeit nur für ggs Mehrheitsbesitz fingiert, hatte also eine dem RegE § 18 III 2. Halbsatz entsprechende Bestimmung nicht enthalten. Außerdem bestimmte § 18 III 2 RefE, daß die Klausel des § 18 II 2 entsprechend für Abs. 3 gelten sollte. Bei der Feststellung, ob jedem der wechselseitig beteiligten Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung gehört, sollten Anteile, aus denen keine Rechte ausgeübt werden können, demnach nicht mitgerechnet werden. Der Verzicht auf die Einbeziehung "beherrschender" Minderheitsbeteiligungen - wie RegE § 18 III 2. Halbsatz es gegenüber dem RefE vorsieht - ließ einige Fragen offen: so war nicht ausdrücklich gesagt, was zu gelten habe, wenn das beschränkte Unternehmen mit seinen 20 % zwar die absolute Mehrheit gegenüber den freien Aktionären des anderen Unternehmens besitzen würde, dieses andere - im Regelfall geschütztes Unternehmen - jedoch nur eine, wenn auch für sich betrachtet, beherrschende Minderheitsbeteiligung. Umgekehrt wäre der entsprechende Fall nicht geregelt, daß zwar das geschützte Unternehmen entweder eine Mehrheitsbeteiligung oder eine für sich betrachtet beherrschende Minderheitsbeteiligung besäße, das beschränkte Unternehmen dagegen mit seinen 20 % zwar die Versammlungsmehrheit bei durchschnittlicher Präsenz der freien Aktionäre, nicht aber diesen gegenüber die absolute Mehrheit hätte. Wenn solche Fälle auch praktisch recht unwahrscheinlich sind, wäre diesbezüglich doch die Regelung des RegE vorzuziehen.

Bei welcher Höhe WB "wechselseitige Abhängigkeit" gegeben sein soll, regeln die Entwürfe also verschieden. Die Klausel des § 18 III 2 RefE wirkt sich dabei folgendermaßen aus (wobei unterstellt werden soll, daß beide Entwürfe sich nur durch diese Klausel unterscheiden): nach dem RegE läge "wechselseitige Abhängigkeit" vor, wenn beide Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung (d.h. 50 % plus 1 Aktie) besitzen. Für ein geschütztes Unternehmen genügt dafür allerdings auch eine Minderheitsbeteiligung, soweit sie - für sich betrachtet - beherrschenden Einfluß gewähren würde. Eine Minderheitsbeteiligung eines beschränkten Unternehmens wird im allgemeinen nicht zur wechselseitigen Abhängigkeit führen können, da tatsächliche "Beherrschungsmöglichkeiten" - auch wenn man beide Unternehmen isoliert betrachtet - durch den Stimmrechtsentzug für den 25 % übersteigenden Anteilsbesitz nicht in Frage kommen. Das gilt auch für den RegE in seiner jetzt vorgesehenen Fassung, denn er verlangt tatsächliche Feststellung beherrschenden Einflusses bei Minderheitsbeteiligungen ("kann"). Satzungsmäßige oder vertragliche Rechte, die eine Beherrschung trotzdem ermöglichen würden, müßten hier

jedoch berücksichtigt werden. Wechselseitige Abhängigkeit würde dann aber wohl nur vorliegen, wenn das geschützte Unternehmen, das in einem solchen Fall tatsächlich allein abhängig wäre, seinerseits eine Mehrheitsbeteiligung besäße. Nach dem RefE würde "wechselseitige Abhängigkeit" voraussetzen, daß das geschützte Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung oder eine für sich betrachtet tatsächlich beherrschende Minderheitsbeteiligung besitzt und daß das beschränkte Unternehmen mit seinen stimmberechtigten 25 % gegenüber den freien Aktionären der geschützten Gesellschaft bei durchschnittlicher Präsenz die Versammlungsmehrheit hätte. Auch hier könnten vertragliche oder satzungsmäßige Beherrschungsmöglichkeiten zur Annahme beherrschenden Einflusses führen. Sind beide Unternehmen beschränkt, läge nach dem RegE wechselseitige Abhängigkeit bei wechselseitigem Mehrheitsbesitz vor, nach dem RefE erst, wenn beide Unternehmen mit ihrem unbeschränkten Anteilsbesitz, für sich betrachtet, beherrschenden Einfluß ausüben könnten.

Welche dieser beiden Regelungen zur "wechselseitigen Abhängigkeit" den von den Entwürfen verfolgten Zielen - Verhinderung der Entstehung wB und Abbau gleichwohl begründeter wB - wirkungsvoller dient, hängt davon ab, wie sich diese auf das Gegenseitigkeitsverhalten zweier wechselseitig beteiligter Unternehmen bzw. auf die Überlegungen eines Unternehmens auswirken werden, das vor der Frage steht, durch Zweiterwerb eine wB zu begründen. In erster Linie wird allerdings der Umfang der Beschränkung und die Möglichkeit, von dieser Beschränkung wieder frei zu werden, sowie die Aussicht, trotz der Beschränkung auf das andere Unternehmen Einfluß nehmen zu können, das Verhalten eines Unternehmens bestimmen, das vor der Frage der Begründung bzw. der weiteren Frage eines Zuerwerbs oder eines Abbaus steht. Was nun die Vorschriften über die "wechselseitige Abhängigkeit" in diesem Zusammenhang betrifft, so wird der an sie anknüpfende beiderseitige völlige Entzug der Rechte im Regelfall für beide wechselseitig beteiligte Unternehmen nicht erwünscht sein. Er würde zwar zur völligen Unabhängigkeit führen, auch wenn beide Unternehmen als herrschend und abhängig gelten. Zwei um die einseitige Mehrheit "kämpfende" wechselseitig beteiligte Unternehmen werden dieses Ergebnis in der Regel nur höchst ungern in Kauf nehmen und ihm wahrscheinlich eine ggs Verständigung vorziehen, da sie einem geschützten Unternehmen seine vollen Rechte, dem beschränkten Unternehmen wenigstens seine Rechte für den unbeschränkten Anteilsbesitz von 25 % läßt. Es mag Fälle geben, in denen den Unternehmen die völlige Unabhängigkeit, auch wenn sie durch den völligen Entzug der Rechte erkauf

werden muß, wünschenswert erscheinen mag. Die Regel werden solche Fälle aber wohl nicht bilden. Gelingt es also keinem der wechselseitig beteiligten Unternehmen, die um einseitige Beherrschung bemüht sind, dieses Ziel zu erreichen, ohne daß auch das andere Unternehmen es erreichen kann, droht also - weil kein Unternehmen einen entscheidenden Vorsprung erlangt - "wechselseitige Abhängigkeit", so werden beide Unternehmen sich regelmäßig verständigen, auch wenn diese Verständigung - ist ein Unternehmen beschränkt, das andere nicht - auf der Grundlage ungleicher Einflußmöglichkeiten zu erfolgen hätte. Dieses Ergebnis ist gewiß nicht wünschenswert, zumal hinzukommt, daß der Zuerwerb des beschränkten Unternehmens zu einer Neutralisierung von Stimmrecht führt, das Gewicht der stimmberechtigten Anteile von 25 % also erhöht.

Dieses Ergebnis nun wird durch den RegE begünstigt. Er bietet dem beschränkten Unternehmen praktisch annähernd die gleichen Chancen, beherrschendes Unternehmen zu werden, wie dem geschützten. Diese Chancengleichheit erhöht die "Gefahr" einer wechselseitigen Abhängigkeit, wenn es keinem der beiden Unternehmen gelingt, einen entscheidenden Vorsprung in der Erlangung einer beherrschenden Beteiligung zu erzielen. Nach dem RefE dagegen würde es einem beschränkten Unternehmen praktisch unmöglich sein, aus der Beschränkung frei zu werden und damit auch dem geschützten Unternehmen entgegenzuwirken, wenn dieses durch Zuerwerb beherrschend werden will. Dieses hat keine wirklich aussichtsreiche Gegenwehr zu erwarten. Es kann, ohne "wechselseitige Abhängigkeit" befürchten zu müssen, seine Beteiligung zu einer beherrschenden ausbauen. So wird nach dem RefE die Bestimmung über wechselseitige Abhängigkeit mit einiger Sicherheit nicht eine ggs Verständigung begünstigen. Käme es allerdings trotz der Regelung des RefE zu einer Verständigung, so würde sich im Vergleich zum RegE die Gefahr einer Neutralisierung von Stimmrecht durch Zuerwerb erhöhen, der der RegE dadurch eine Grenze setzt, daß schon der Besitz der Mehrheit der Anteile die Rechtsfolgen einseitiger oder - bei beherrschender Gegenbeteiligung - wechselseitiger Beherrschung auslöst.

Allgemein mag zur "wechselseitigen Abhängigkeit" noch folgendes gesagt werden: wird einem beschränkten wechselseitig beteiligten Unternehmen ein Zuerwerb gestattet, sowie die Möglichkeit durch Beherrschung von der Beschränkung frei zu werden, so ist ein völliger Stimmrechtsentzug bei "wechselseitiger Beherrschung" eine unabdingbare Notwendigkeit; nicht deshalb, weil dieser Tatbestand etwas mit "wechselseitiger Abhängigkeit" zu tun hätte - wenn er

auch gesetzestechnisch mit den Begriffen Abhängigkeit und Beherrschung erfaßt werden soll - sondern weil er bei zwingend notwendiger Verständigung zu einer mittelbaren Herrschaft koordinierter Verwaltungen in ihren HV führen würde, wie es z.B. auch der Fall wäre, wenn zwei beschränkte Unternehmen mit ihrem stimmberechtigten Anteilsbesitz von 25 % durch neutralisierenden Zuerwerb die Versammlungsmehrheit hätten.

Die Vorschriften über "wechselseitige Abhängigkeit" haben nicht nur Bedeutung für wechselseitig beteiligte Unternehmen, sondern auch für einseitige Abhängigkeitsverhältnisse. Erwirbt ein abhängiges Unternehmen verbotswidrig (RegE § 68 IV) Aktien des herrschenden Unternehmens, so wird es mit dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung von der Beherrschung frei. Da ein abhängiges Unternehmen in der Regel dem Willen des herrschenden Unternehmens unterworfen ist, dieses aber an "wechselseitiger Abhängigkeit" kein Interesse haben wird, wird es zu einem solchen Zuerwerb wohl nur dann kommen, wenn das Unternehmen zwar "rechtlich" (unwiderlegliche Vermutung des § 16 II RegE), nicht aber tatsächlich abhängig ist. Würden beide Unternehmen bei wechselseitiger Abhängigkeit ihre Beteiligungen auf eine nicht beherrschenden Einfluß vermittelnde Höhe vermindern, so hätten beide beschränkte Unternehmen im Sinne der §§ 18 I, 316 I RegE zu sein ⁶²⁷.

3) Die Auswirkung der Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen auf die mit der Beschränkung wechselseitig neu entstehender Beteiligungen von den Entwürfen verfolgten Ziele (Zusammenfassung).

Im Zusammenhang mit der Behandlung der Zweckmäßigkeit eines Verzichts auf ein Übernahme- und Zuerwerbsverbot, der Möglichkeiten durch einseitige Beherrschung von der Beschränkung frei zu werden und der in diesem Zusammenhang zu betrachtenden Bedeutung des völligen Entzugs des Stimmrechts bei wechselseitiger Abhängigkeit, hat der Verfasser teilweise schon versucht, festzustellen, ob die diese Frage regelnden Bestimmungen eine den Vorstellungen der Entwürfe entsprechende Wirkung erzielen werden, d.h., ob sie den mit der Beschränkung verfolgten Zielen der Entwürfe dienen.

Ziel der Entwürfe, so geben ihre Begründungen an, ist es ⁶²⁸

- a) unmittelbar den Einfluß der Verwaltungen aus wechselseitigen Beteiligungen einzuschränken;
- b) mittelbar zu erreichen, daß neue wechselseitige Beteiligungen nicht begründet, gleichwohl entstehende wB beschleunigt abgebaut werden.

627) Vgl. unten S. 216.

628) RefE Begr. S. 411, RegE Begr. S. 240.

Die Zulässigkeit eines Zuerwerbs, die Möglichkeit aus der Beschränkung frei zu werden und die Gefahr eines völligen Entzugs der Rechte bei wechselseitiger Abhängigkeit sind in erster Linie für das zweite Ziel von Bedeutung, berühren aber, soweit sie entgegen den Absichten der Entwürfe zu ggs Verständigung führen sollten, auch das unmittelbare erste Ziel.

Ob die Beschränkung erreicht, daß wB nicht neu begründet werden, hängt davon ab, welche Rechtsstellung ein Unternehmen zu erwarten hat, das vor der Frage steht, ob es durch Erwerb einer Gegenbeteiligung eine wB begründen soll (sofern es dazu tatsächlich in der Lage sein sollte). Es hängt also davon ab, ob das Unternehmen von vornherein in der Hand des anderen Unternehmens ist - einmal davon abgesehen, daß ein solches Ergebnis nicht unbedingt wünschenswert wäre -, ohne daß ihm eine Gegenwehr möglich ist - wie es der RefE bestimmt -, oder ob es annähernd die gleichen Möglichkeiten wie das geschützte zuerst erwerbende Unternehmen hat, beherrschendes Unternehmen zu werden, bzw. ob es in der Lage ist, einen Versuch des geschützten Unternehmens, beherrschendes Unternehmen zu werden, wirksam entgegenzuwirken, sei es auch mit dem Ziel einer ggs Verständigung, um den Verlust jeglichen Stimmrechts als abhängiges Unternehmen zu vermeiden. Entscheidend ist also, ob es zu einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit kommen kann und wird oder ob ein solcher zugunsten des geschützten Unternehmens ausgeschlossen ist. Davon hängt dann auch die Beantwortung der Frage ab, ob ein beschränktes Unternehmen seine Gegenbeteiligung abbaut bzw. eine solche gar nicht erst begründet.

Ob die Beschränkung der Rechte durch die im RegE gegenüber dem RefE erleichterte Möglichkeit von der Beschränkung frei zu werden, in jedem Fall wB zu einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit führen wird, kann nicht generell gesagt werden. Die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, insbesondere das frühere Gegenseitigkeitsverhalten der beiden Unternehmen werden hier entscheidend sein. Soviel kann aber doch wohl gesagt werden: hat ein beschränktes Unternehmen die Möglichkeit für einen Zuerwerb und ist es dazu finanziell in der Lage, so ist für ein solches Unternehmen der Anreiz, durch Zuerwerb seine Beteiligung zu einer Mehrheitsbeteiligung auszubauen, um dadurch aus der Beschränkung frei zu werden, nach dem RegE jedenfalls größer als nach dem RefE, der ein solches Unterfangen praktisch aussichtslos sein lassen würde. Ein beiderseitiger Kampf um die Mehrheit wird im allgemeinen aber wohl nur dann stattfinden, wenn beide Unternehmen sich nicht verständigen. Eine Verständi-

gung, die bei der vom RegE gezogenen Gefahrengrenze zunächst nicht erforderlich wäre, wird zunächst auch dadurch erschwert, daß die ggs Einflußmöglichkeiten ungleich sind; denn im Regelfall ist nur ein Unternehmen beschränkt, das andere dagegen nicht. Andererseits führt aber der Zuerwerb durch ein beschränktes Unternehmen zu einer Neutralisierung von Stimmrecht, erhöht also den Einfluß des unbeschränkten Anteils von 25 %. So erhöht sich die Notwendigkeit einer Verständigung durch Zuerwerb. Hinzukommt die eine Verständigung begünstigende Auswirkung des bei "wechselseitiger Beherrschung" drohenden beiderseitigen völligen Rechtsentzuges, den in Kauf zu nehmen zwei um einseitige Mehrheit bemühte Unternehmen im allgemeinen nicht bereit sein werden.

Was nun den Abbau wB (bzw. das Unterlassen der Begründung wB) betrifft, den auch der RegE durch die Beschränkung der Rechte erreichen will, so ist beides jedenfalls nach dem RegE sicher nicht die Alternative zu einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit. Ist der Kampf um die einseitige Mehrheit für beide Unternehmen nicht erfolversprechend, sei es, weil einem Zuerwerb aus tatsächlichen Gründen Grenzen gesetzt sind, sei es, weil wechselseitige Abhängigkeit und damit völliger Entzug der Rechte droht, so ist ggs Verständigung auch bei ungleichen Einflußmöglichkeiten wahrscheinlicher, weil nützlicher für beide Unternehmen, als ein Abbau der wB. Nach dem RefE wäre ein Abbau allerdings eher denkbar. Der Kampf um die einseitige Mehrheit ist für das beschränkte Unternehmen praktisch aussichtslos. Auch droht dem um einseitige Beherrschung bemühten geschützten Unternehmen praktisch kaum der beiderseitige völlige Entzug der Rechte durch "wechselseitige Beherrschung", da dazu das beschränkte Unternehmen in der Lage sein müßte, mit seinen 20 bzw. 25 % beherrschenden Einfluß auszuüben (betrachtet man seine Einflußmöglichkeit isoliert). Das geschützte Unternehmen hat also kaum Gegenwehr zu erwarten. So ist auch eine ggs Verständigung weniger wahrscheinlich als nach dem RegE. Würden sich die beiden Unternehmen allerdings verständigen (woran etwa zu denken wäre, wenn das geschützte Unternehmen nicht in der Lage wäre, beherrschenden Einfluß über das beschränkte Unternehmen zu erlangen, ohne daß dieses auf der anderen Seite von einem Dritten abhängig wäre), so wäre einer durch Zuerwerb des beschränkten Unternehmens zu erreichenden Neutralisierung von Stimmrecht durch den RefE nicht die Grenze gesetzt, die ihr der RegE setzt: denn nach dem RegE würde bei einem Mehrheitsbesitz des beschränkten Unternehmens dieses als herrschendes anzusehen sein, wogegen das nach dem RefE erst der Fall wäre, wenn die

stimmberechtigten 20 bzw. 25 % beherrschenden Einfluß gewährten. Mit einiger Sicherheit kann aber gesagt sein, daß nach dem RefE eine ggs Verständigung weniger wahrscheinlich wäre als nach dem RegE. Ob nun aber aus diesem Grunde oder deshalb, weil alle Versuche eines beschränkten Unternehmens, einseitig beherrschenden Einfluß zu erlangen, nach dem RefE in der Regel von vornherein zum Scheitern verurteilt wären, das beschränkte Unternehmen mit Sicherheit oder einiger Wahrscheinlichkeit seine Beteiligung abbauen würde, bzw. eine solche gar nicht erst begründen würde, wenn es Beschränkung zu erwarten hätte, wird allgemein nicht gesagt werden können. Es mag sein, daß es ein Festhalten an der Beteiligung für sinnlos halten wird. Würde aber die Regelung des RegE Gesetz, so würde das beschränkte Unternehmen seine Beteiligung grundsätzlich sicher nicht abbauen, selbst in Fällen, in denen das geschützte Unternehmen von einem Dritten abhängig ist. Eher wird dann das beschränkte Unternehmen versuchen, sich mit dem herrschenden dritten Unternehmen ins Benehmen zu setzen 629.

Die Untersuchung der Frage, wie sich die in den Entwürfen vorgesehene Beschränkung der Rechte auf das Verhalten, insbesondere das Gegenseitigkeitsverhalten der wechselseitig beteiligten Unternehmen auswirken wird und ob diese Wirkung den Absichten der Entwürfe entspricht, führt also zu folgendem Ergebnis: durch den RefE würde mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Begründung wB verhindert und ein Abbau gleichwohl entstandener wB erreicht werden. Dieses Ziel wird sicher aber nicht mit dem RegE erreicht; denn ein beiderseitiger Kampf um die Mehrheit wird durch den RefE mit ziemlicher Sicherheit verhindert, während er nach dem RegE mit der vorgesehenen annähernden Chancengleichheit sicher nicht ausgeschlossen wird. Eine ggs Verständigung trotz ungleicher Einflußmöglichkeiten mit den typischen Gefahren der Koordination bei wB wird durch den RefE mit einiger Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein, durch den RegE umgekehrt wahrscheinlich, insbesondere bedingt durch den in Folge der Chancengleichheit (was den Erwerb einer beherrschenden Beteiligung betrifft) bei einem beiderseitigen Kampf um die Mehrheit drohenden völligen Entzug der Rechte, der dem geschützten Unternehmen nach der Regelung des RefE praktisch nicht drohen würde.

Dieses Ergebnis würde für eine Klausel, wie sie § 18 II 2 RefE darstellte sprechen, auch wenn diese im Falle einer ggs Verständigung, die ihrerseits aber relativ wenig wahrscheinlich wäre, zur Möglichkeit einer umfassenderen, den Einfluß des stimmberechtigten Anteils verstärkenden Neutralisierung von Stimmrecht durch Zuerwerb des be- 629) Vgl. das zu diesem Fall oben S. 190 Gesagte.

schränkten Unternehmens führen würde, wie es nach dem RegE nicht der Fall sein könnte. Gegen die Klausel spricht, daß ein zweiterwerbendes Unternehmen dem zuerst erwerbenden Unternehmen praktisch ohne die Möglichkeit einer "Gegenwehr" ausgeliefert wäre. Der einzig mögliche Ausweg wurde schon angedeutet: das eine Gegenbeteiligung erwerbende Unternehmen müßte durch den Erwerb erreichen können, daß das zuerst erwerbende Unternehmen in gleicher Weise beschränkt wird. Um in Verbindung mit einer solchen Bestimmung sowohl einen beiderseitigen Kampf um die Mehrheit, wie er durch die Möglichkeit, mit dem Zuerwerb einer Mehrheitsbeteiligung beherrschen des Unternehmen zu werden, gleichwohl bestünde, wie auch die bei Verständigung gegebene Möglichkeit einer Neutralisierung von Stimmrecht durch Zuerwerb auszuschließen, wäre es erforderlich, einen die Beteiligung quotenmäßig erhöhenden Zuerwerb zu verbieten und dieses Verbot durch wirksame Rechtsfolgen zu ergänzen⁶³⁰. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit mit dem die Entwürfe eine Beschränkung des zuerst erwerbenden Unternehmens bei wB ablehnten, bliebe hier allerdings unberücksichtigt. Aber kann nicht auch

630) Es müßte auch ein unentgeltlicher Erwerb untersagt werden. Die abweichende Auffassung von Winter aaO S. 71, der im übrigen auch für ein Erwerbsverbot eintritt, aaO S. 72, geht davon aus, daß wB nur aus dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung und nicht auch dem der Kräfteverschiebung in ihrer Begründung beschränkt werden sollen. Unter dem letzten Gesichtspunkt ist ein unentgeltlicher Zuerwerb in gleicher Weise (durch die Neutralisierung von Stimmrecht) gefährlich. Das gilt in gleicher Weise auch von einem Erwerb eigener Aktien, wobei jedoch zu bemerken ist, daß die Neutralisierung von Stimmrecht der Stimmenmacht des anderen Unternehmens zugute käme, also lediglich bei ggs Verständigung im Interesse des erwerbenden Unternehmens läge. Es könnte also erwogen werden, wie Winter das tut, aaO S. 72, ob nicht der Besitz eigener Aktien bei der Festsetzung der Zulässigkeitsgrenze wB und umgekehrt die wB bei der Frage der Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien mit in Rechnung zu stellen wäre. Da es aber unzweckmäßig wäre, den Erwerb einer wB vom Vorliegen besonderer Umstände ("schwerer Schaden") abhängig zu machen, im übrigen auch die Zurechnung schwierig wäre, sollte nicht die Begründung wB vom Besitz eigener Aktien, sondern allenfalls umgekehrt, der Erwerb eigener Aktien vom Bestehen einer wB (in Höhe von 25 %) abhängig gemacht werden. So könnte entweder die Höchstgrenze des zulässigen Erwerbs eigener Aktien in diesem Fall auf einer geringeren Höhe als 10 % festgesetzt werden oder der Erwerb eigener Aktien auf den Fall des Erwerbs zwecks Angebots an die Arbeitnehmer oder des Erwerbs zur Durchführung einer Einkaufskommission beschränkt werden. Der unentgeltliche Erwerb oder der Erwerb zur Abwendung eines schweren Schadens müßte wegen der Gefahr einer Neutralisierung vom Stimmrecht ausgeschlossen sein. Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverfälschung müßte allerdings auch der Erwerb einer wB vom Besitz eigener Aktien abhängig gemacht werden. Das würde allerdings (abgesehen von den obigen Einwänden) der Forderung nach Chancengleichheit widersprechen.

den Entwürfen entgegengehalten werden, daß sie den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzen, wenn ihre Regelungen, zumindest mit Sicherheit die des RegE, eine Koordination durch Verständigung mit den typischen Gefahren nicht konsequent ausschließen. War es doch auch die "Rechtssicherheit", die die Entwürfe zu einer "starren" Grenzziehung zwischen ungefährlichen und gefährlichen wB veranlaßte.

5. Beschränkungen bereits bestehender wB

Der RegE eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz regelt in § 6 die Anwendung der Vorschriften über wechselseitig beteiligte Unternehmen auf wB, die bereits bei Inkrafttreten des neuen Aktiengesetzes bestehen. Er bestimmt weiter in § 7, daß die Mitteilungspflicht nach § 19 des RegE eines AktG auch für Beteiligungen gelten soll, die bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehen. Die Beteiligungen sollen binnen eines Monats nach dem Inkrafttreten des AktG mitgeteilt werden.

1) Keine Übergangsregelung ist zunächst vorgesehen, wenn bei den wechselseitig beteiligten Unternehmen die Voraussetzungen des § 18 II oder III RegE vorliegen; das bestimmt § 6 Nr. 1 des Entwurfs eines EG.

a) § 18 II RegE entspricht dem geltenden Recht; neu wäre nur, daß an den Besitz einer Mehrheitsbeteiligung die unwiderlegliche Vermutung der Abhängigkeit geknüpft wird, § 16 II RegE.

b) Was § 18 III RegE betrifft, wurde schon ausgeführt ⁶³¹, daß der RegE auf dem Standpunkt steht, daß wechselseitig beherrschender Einfluß sich nicht aufhebt und daß er für das neue Aktienrecht diese Streitfrage des geltenden Rechts im Sinne dieser - wie er meint - schon nach geltendem Recht herrschenden Ansicht entscheiden will. Auch wenn dieser angeblich herrschenden Ansicht nicht zu folgen wäre, so müßte - meint der RegE ⁶³² - eine wB doch als mißbräuchliche Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten angesehen werden, so daß es zumindest auf diesem Weg möglich wäre, wechselseitig beherrschenden Beteiligungen das Stimmrecht zu entziehen. Zu dieser Ansicht kam im Ergebnis auch die vorliegende Untersuchung. Es erscheint daher gerechtfertigt, derartige wB ohne Übergangsregelung den Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen zu unterwerfen, wie es der RegE vorsieht ⁶³³.

2) Liegen die Voraussetzungen der § 18 II oder III RegE nicht vor, so ist eine Übergangsregelung vorgesehen. Sie knüpft an die Mitteilungspflicht des § 7 RegE eines EG an und unterscheidet, ob

631) Oben S. 201 ff.

632) Begr. zu § 6 EG AktG RegE eines S. 314. Vgl. oben S. 135 Fußn. 412a.

633) Enthielte der RegE die Klausel des § 18 II RefE, so käme diese in beiden Fällen nicht zum Zug.

beide wechselseitig beteiligten Unternehmen, nur eines oder keines von beiden ihre Beteiligung innerhalb der Monatsfrist mitgeteilt haben.

a) Haben beide Unternehmen ihre Beteiligung dem anderen Unternehmen fristgemäß mitgeteilt, so gilt nach § 6 Nr. 1 Satz 1 RegE eines BG § 316 RegE für beide Unternehmen nicht. § 6 Nr. 1 Satz 2 bestimmt aber folgendes:

"Es können aber, solange die Unternehmen wechselseitig beteiligt sind und nicht die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 oder 3 des Aktiengesetzes vorliegen,

Rechte,

ausgenommen das Recht auf neue Aktien bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln,

nur aus den Anteilen an dem anderen Unternehmen ausgeübt werden, die den Unternehmen beim Inkrafttreten des Aktiengesetzes gehört haben oder die auf diese Anteile bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entfallen sind." (Unterstreichungen vom Verfasser).

Aus von Dritten neu erworbenen oder bei einer Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel neu übernommenen Anteilen können Rechte, ausgenommen das Recht auf neue Aktien aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, also Bezugsrecht, Recht auf Gewinnanteile und namentlich das Stimmrecht nicht ausgeübt werden. Bezüglich solcher Anteile sind Unternehmen, die bereits bei Inkrafttreten des neuen AktG wechselseitig beteiligt sind, solchen Unternehmen gleichgestellt, die ihre wB erst nach Inkrafttreten des neuen AktG begründen. Sie sind aber bezüglich solcher Anteile beide beschränkt im Sinne des § 316 I RegE.

aa) Diese Regelung bewirkt, daß sich eine Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel auf die Rechtsstellung wechselseitig bei Inkrafttreten des neuen AktG bereits beteiligter Unternehmen ungünstig auswirkt.

Das zeigt folgendes Beispiel:

Nehmen wir an, zwei Unternehmen mit einem Grundkapital von je 10 Mill. DM sind wechselseitig mit 30 % also jeweils mit 3 Mill. DM aneinander beteiligt. Nach § 6 Nr. 1 RegE z. BG dürfen sie aus diesen 30 % alle Rechte ausüben. Erhöhen sie ihr Kapital aus Gesellschaftsmitteln, dürfen sie Rechte auch aus diesen neu übernommenen Anteilen ausüben. Nun erhöht ein Unternehmen sein Kapital aber um neue Mittel zu erlangen. Es erhöht z.B. sein Grundkapital um 2,5 Mill. DM auf 12,5 Mill. DM, also um 25 %. Von diesen neuen Aktien übernimmt das andere Unternehmen 30 %, also 0,75 Mill. DM, so daß seine Beteiligung sich nunmehr auf einen Gesamtnennbetrag von 3,75 Mill. DM beläuft, also wieder auf 30 % des Nennkapitals des anderen Unternehmens. Aus diesen neuen Anteilen von 750.000.- DM - die das Unternehmen übernehmen durfte, da sie auf den Altbesitz entfallen, aus dem es das Bezugsrecht ausüben durfte - darf das Unternehmen jedoch keine Rechte, ausgenommen das Recht auf Kapitalerhöhung aus Gesellschafts-

mitteln, mehr ausüben; denn es sind ja weder Anteile, die dem Unternehmen beim Inkrafttreten des AktG gehört haben, noch Anteile, die auf diese Anteile bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln entfallen sind. Berechtigt, also insbesondere stimmberrechtigt, sind gegenüber dem neuen Grundkapital von 12,5 Mill. DM nur die alten Anteile in Höhe von 3 Mill. DM. Das sind 24 % des neuen Grundkapitals. Diese Wirkung des § 6 Nr. 1 RegE e EG müßte ihre Grenze aber wohl in § 316 I RegE finden, d.h. für den vierten Teil aller Anteile müssen wechselseitig beteiligte Unternehmen ihre Rechte immer ausüben dürfen, es sei denn, es treffen § 18 II oder III RegE zu. Würde in dem Beispiel auch das andere Unternehmen sein Kapital um 25 % erhöhen, so wären beide Unternehmen so gestellt, als hätten sie ihre Beteiligungen erst nach Inkrafttreten des neuen AktG begründet und dabei z.B. einverständlich von einer Mitteilung abgesehen mit der Folge, daß sie beide beschränkte Unternehmen im Sinne des § 316 I RegE wären.

Die Begründung zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz läßt die Vorstellungen seiner Verfasser zur Frage der bestehenden wB erkennen und gibt an, welche Zwecke mit der Regelung des § 6 Nr. 1 verfolgt werden. Sie läßt es aber zweifelhaft erscheinen, ob die dargestellte Wirkung dieser Regelung zur Erreichung der beabsichtigten Zwecke erforderlich ist. Sie läßt sogar Zweifel offen, ob sich seine Verfasser der an dem obigen Beispiel dargestellten Wirkung der Regelung wirklich bewußt waren.

Die Begründung⁶³⁴ geht zutreffend davon aus, daß wB, die nicht die Voraussetzungen des § 18 II oder III RegE erfüllen, nach geltendem Recht keiner Beschränkung unterlagen und auch nicht als mißbräuchliche Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten angesehen werden können, da sie geringere Gefahren mit sich bringen. Sie dürften auch zu einer Zeit begründet worden sein, in der mit gesetzlichen Beschränkungen wechselseitiger Minderheitsbeteiligungen nicht gerechnet werden mußte. Der Entwurf will sie daher den neuen Vorschriften "nur mit wesentlichen Einschränkungen" unterwerfen; so weit ist ihm zu folgen.

Der Entwurf will mit § 6 Nr. 1 Satz 2 EG - d.h. mit dem Entzug der Rechte aus neu übernommenen und neu erworbenen Aktien, sofern erstere aus einer Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel und nicht aus einer aus Gesellschaftsmitteln stammen - ausdrücklich nur verhindern, "daß die beim Inkrafttreten des Aktiengesetzes bestehenden wechselseitigen Beteiligungen später erhöht werden".

Für den Fall, daß die neu übernommenen Aktien aus einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln herrühren und auf die bei Inkrafttreten des neuen AktG dem Unternehmen bereits gehörenden Anteile entfallen, sieht der Entwurf deshalb eine Ausnahme von dem Entzug der Rechte vor, weil die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

"der Sache nach nicht die Beteiligung, sondern nur den Gesamtnennbetrag der Anteile verändert". Deshalb sollen aus solchen Anteilen alle Rechte ausgeübt werden dürfen.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die "Veränderung" einer Beteiligung durch Übernahme von Aktien bei einer Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel, so ist das Ergebnis folgendes:

1. Eine solche Kapitalerhöhung verändert ebenfalls den Gesamtnennbetrag der Beteiligung.
2. Sie läßt wie eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln aber die "Höhe" der Beteiligung, bestimmt durch das Verhältnis des Gesamtnennbetrages der Anteile zum Nennkapital (§ 15 III Satz 1 RegE), unverändert. Sie würde bei Stimmberechtigung also namentlich den Einfluß der "Beteiligung" nicht verändern.
3. Sie erfordert allerdings - anders als die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln - "Aufbringung neuer Mittel" ^{634a}. Dagegen wendet sich der RegE aber im Grunde nicht; denn er verbietet auch nicht den Zuerwerb von Dritten, wenn er auch meint, daß dieser, soweit er stückweise erfolgt, von der Verwaltung wegen des Entzugs der Rechte nicht verantwortet werden könnte.

Die "Beteiligung" als spezifischer Anteil am Grundkapital eines anderen Unternehmens - mit der Möglichkeit stimmrechtlichen Einflusses - wird durch eine Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel also nicht erhöht; erhöht wird nur ihr Gesamtnennbetrag und einziger Unterschied gegenüber der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, ihr "Wert" ^{634b}.

Will der RegE - wie er ausdrücklich hervorhebt - nur erreichen, daß die wB nicht "erhöht" werden, so geht seine Regelung über sein Ziel hinaus; denn sie bewirkt, daß mit jeder Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel schrittweise die bei Inkrafttreten des AktG aus den wB zustehenden Rechte entzogen werden, bis beide Unternehmen nur mehr Rechte aus 25 % aller Anteile des anderen Unternehmens ausüben dürfen. Davon, daß Unternehmen, die ihre bestehenden wB mitteilen, den "neuen Vorschriften nur mit wesentlichen Einschränkungen" unterworfen werden, kann demnach nicht die Rede sein. Bedenklich erscheint auch die wahrscheinliche Folge dieser Regelung. Beide Unternehmen werden, sofern sie sich verständigen, von jeder Kapitalerhöhung als Finanzierungsmaßnahme absehen, was wirtschaftspolitisch nicht unbedingt wünschenswert erscheint. Da ein über 25 % beteiligtes Unternehmen jede Kapitalerhöhung des anderen Unternehmens verhindern kann, wird es das tun, sollten beide Unternehmen sich nicht verständigen; denn es würde

634a) Allerdings nur scheinbar, soweit die wechselseitig übernommenen Anteile sich decken. Vgl. oben S. 135 ff.

634b) wie 634 a.

sich durch die Zustimmung seiner eigenen Rechte berauben. Entscheidend ist, daß der Gesetzgeber, will er, wie es der RegE vermeint zu tun, bestehende wB, sofern sie nicht unter § 18 II oder III RegE fallen, nicht beschränken, so muß er es ermöglichen, daß die "Beteiligungen" als solche erhalten bleiben können. Er müßte also die Übernahme von Aktien aus einer Kapitalerhöhung zu Finanzierungszwecken zulassen.

bb) Was neuerworbene im Gegensatz zu neuübernommenen Aktien betrifft, ist der Regelung des § 6 Nr. 1 Satz 2 des RegE z EG zuzustimmen. Ein Zuerwerb von Dritten erhöht die Beteiligung, was das Verhältnis ihres Gesamtnennbetrages zum Nennkapital betrifft. Ein Zuerwerb würde bei Stimmberechtigung also namentlich zu erhöhtem Einfluß, bei ggs Verständigung zu verstärktem Verwaltungsstimmrecht führen. Der Entzug der Rechte ist daher geboten. Daß aus neuerworbenen (wie neuübernommenen beschränkten Aktien) das Recht auf neue Aktien bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ausgeübt werden darf, entspricht § 316 I 2 RegE und ist unschädlich.

b) Hat nur ein Unternehmen von zwei bei Inkrafttreten des neuen AktG wechselseitig beteiligten Unternehmen seine Beteiligung fristgemäß dem anderen Unternehmen mitgeteilt, so bestimmt § 6 Nr. 2 RegE e EG z AktG, daß § 316 RegE für dieses Unternehmen nicht gilt; es wird also so behandelt, wie nach § 316 II RegE ein Unternehmen, das als erstes, ohne von einer etwaigen Gegenbeteiligung zu wissen, die Mitteilung nach § 19 I RegE gemacht hat. § 6 Nr. 1 Satz 2 RegE e EG soll für dieses Unternehmen nicht gelten. Es unterliegt also mit neuübernommenen oder neuerworbenen Anteilen keiner Beschränkung. Das nicht mitteilende Unternehmen ist beschränktes Unternehmen im Sinne des § 316 I RegE. Es darf Rechte nur für 25 % aller Anteile ausüben. Es ist der Begründung ⁶³⁵ zuzustimmen, wenn sie keine Veranlassung sieht, für ein Unternehmen, das die nach § 7 RegE e EG iVm § 19 I RegE geforderte Mitteilung unterläßt, eine eigene Übergangsregelung zu treffen. Es könnte sonst, wie die Begründung richtig feststellt, ein Unternehmen, das seine Beteiligung erst nach Inkrafttreten des neuen AktG erworben oder erhöht hat, geltend machen, die Beteiligung schon vorher erworben und nur versehentlich nicht mitgeteilt zu haben. Damit wäre die Rechtssicherheit gefährdet. Die an die Nichtmitteilung angeknüpfte empfindliche Rechtsfolge erhöht überdies den Wirklichkeitstwert der in § 7 EG vorgesehenen Mitteilungspflicht, wenn es auch aus der Sicht des mitteilenden Unternehmens nicht einzusehen ist, warum es soviel besser gestellt wird, wenn das andere Unternehmen seine Mitteilung unterläßt. Diese Begünstigung ist aber das un-

635) aaO.

erläßliche Korrelat zu den dem nichtmitteilenden Unternehmen drohenden Rechtsnachteilen.

c) Haben beide wechselseitig beteiligten Unternehmen die fristgemäße Mitteilung versäumt, so besteht, wovon der RegE zu Recht ausgeht ⁶³⁶, für beide Unternehmen kein Anlaß zu einer Übergangsregelung. Für beide Unternehmen gilt daher § 316 I RegE. Ein einverständliches Unterlassen der Mitteilung wäre daher für beide Unternehmen ungünstig.

3) Das Verhältnis der Bestimmung des § 6 RegE e EG zu § 18 II und III RegE

a) Liegen die Voraussetzungen des § 18 II oder III RegE bei Inkrafttreten des AktG vor, so finden sie auf wechselseitig beteiligte Unternehmen Anwendung (vgl. oben 1)).

b) Veräußern wechselseitig beteiligte Unternehmen, auf die § 18 III RegE Anwendung finden mußte, nach Inkrafttreten des AktG einen Teil ihrer Beteiligungen, so daß sie nicht mehr - für sich betrachtet - beherrschenden Einfluß ausüben können, so müßten sie wie neu entstehende wechselseitig beteiligte Unternehmen behandelt werden, d.h., sie wären beide beschränkte Unternehmen im Sinne von § 316 I RegE, da beiden die WB bekannt sind. Sie würden also für ihre 25 % übersteigenden Anteile alle Rechte verlieren, sogar das Dividendenrecht, das ihnen als abhängiges Unternehmen zustünde. Boesebeck ⁶³⁷ meinte, es wäre richtiger, eine solche WB als "eine in ovo bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehende WB" zu behandeln. Dieser Vorschlag empfiehlt sich nicht. Beide Unternehmen sind ja nicht gehindert, ihre Beteiligungen vor Inkrafttreten des Gesetzes auf eine für sie ungefährliche Höhe zu vermindern. Das entspricht dem vom RegE mit § 18 III verfolgten Zweck, einen Abbau der WB zu erreichen.

c) Bestehen bei Inkrafttreten des AktG wechselseitige Minderheitsbeteiligungen, die für sich betrachtet, nicht beherrschend sind, so ist für die durch Zuerwerb oder Neuübernahme bedingte Anwendbarkeit des § 18 II oder III RegE zu unterscheiden, ob beide, nur eines oder kein Unternehmen fristgemäß ihre Beteiligung mitgeteilt haben: aa) Haben beide Unternehmen mitgeteilt, so sind beide aus neuübernommenen und zuerworbenen Anteilen beschränkt. Eine Minderheitsbeteiligung ohne zusätzliche andere beherrschende Mittel wird daher nicht beherrschenden Einfluß gewährleisten können. § 18 II bzw. III RegE kann daher erst Anwendung finden, wenn eines bzw. beide Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung besitzen, an die die unwider-

⁶³⁶⁾ aaO

⁶³⁷⁾ aaO S. 17.

legliche Vermutung der Abhängigkeit geknüpft ist. Wäre der RegE durch die Klausel des § 18 II Satz 2 RefE ergänzt, so wäre § 18 II oder III RegE erst anzuwenden, wenn der stimmberechtigte Anteilsbesitz einseitigen bzw. für sich betrachtet wechselseitigen beherrschenden Einfluß zuläßt.

bb) Hat nur ein Unternehmen mitgeteilt, bzw. haben beide nicht mitgeteilt, entspricht die Rechtslage der einseitiger bzw. beiderseitiger Beschränkung im Sinne von § 316 RegE.

Es gilt hier - was die Frage der Zweckmäßigkeit einer Klausel, wie sie § 18 II Satz 2 RefE darstellte - dasselbe, wie bei neu entstehenden wB. Anders als bei neu entstehenden wB würde der Klausel hier nicht entgegenstehen, daß sie ein Unternehmen ohne Gegenwehr dem anderen ausliefere; denn außer im Falle einseitiger Mitteilung sind beide Unternehmen rechtlich gleichgestellt. Und bei Unterlassen der Mitteilung ist die Schlechterstellung selbstverschuldet. Ob die Klausel den Zielen des RegE dienen würde, wurde an früherer Stelle behandelt. Die Frage würde hier nicht anders beantwortet werden können.

4) Die Übergangsregelung des RefE

Der RefE sah für bereits bestehende wechselseitig beteiligte Unternehmen nur eine Beschränkung des Stimmrechts vor⁶³⁸. Danach sollte das niedriger beteiligte Unternehmen das Stimmrecht nur für 20 % der Anteile des anderen Unternehmens ausüben können. Das höher beteiligte Unternehmen sollte über die 20 % hinaus auch für diejenigen Anteile stimmberechtigt sein, um die seine Beteiligung höher ist als die des anderen Unternehmens. Gehören also z.B. einem Unternehmen 28 %, dem anderen 40 %, so sollte nach dem RefE das eine Unternehmen aus 20 %, das andere aus 32 % stimmberechtigt sein⁶³⁹. Die anderen Rechte sollten offensichtlich unbeschränkt bleiben. Weitere Übernahme wäre wohl gegen § 286 RefE erlaubt worden. Einen Entwurf eines Einführungsgesetzes hatte der RefE aber nicht gegeben. Die vorgesehene Stimmrechtsregelung erscheint insofern einleuchtend, als sie eine notwendige Verständigung ausschließt, gleichwohl sich verständigenden Unternehmen die Möglichkeit maßgeblichen Einflusses auf die HV nimmt und das "freie" Stimmrecht des Differenzbetrags, für das eine entsprechende Gegenbeteiligung nicht besteht, dem höher beteiligten Unternehmen läßt. Trotzdem ist es richtiger, wie der RegE von dem Gedanken auszugehen, daß bestehende wB nicht beschränkt und nur für den Fall nachträglicher Erhöhung einer Beschränkung unterworfen werden sollen. Dabei sollte allerdings unter Er-

638) Fußn. 1 zu § 286 RefE und Begr. S. 410/411.
639) Beispiel der Begr. S. 411.

höhung nicht die Übernahme neuer auf den Altbesitz entfallender Anteile bei einer Kapitalerhöhung verstanden werden, sei es, daß diese aus Gesellschaftsmitteln oder auch zur Finanzierung erfolgt.

6. Mitteilungspflicht

Sie ist in § 19 RegE ausgesprochen und wird für bestehende Beteiligungen durch § 7 RegE eines EG ergänzt.

a) Nach § 19 I RegE ist der Besitz von mehr als dem vierten Teil aller Anteile schriftlich mitzuteilen. Mitzuteilen hat eine AG, die an einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft mit Sitz im Inland sowie eine Kapitalgesellschaft oder bergrechtliche Gewerkschaft, die an einer AG beteiligt ist. Eine GmbH, die an einer anderen GmbH beteiligt ist, ist also rechtssystematisch richtig nicht mitteilungspflichtig⁶⁴⁰. Die Mitteilungspflicht ist auch nicht auf jedes Unternehmen oder jeden Aktionär erstreckt. Es gilt im übrigen die Zurechnungsvorschrift des § 16 V RegE.

b) Nach § 19 II RegE ist der Besitz einer Mehrheitsbeteiligung mitzuteilen, nicht dagegen eine sonst beherrschende Minderheitsbeteiligung. Mitzuteilen hat eine AG, die an einem anderen Unternehmen, sowie ein Unternehmen, das an einer AG mit einer Mehrheitsbeteiligung beteiligt ist. Unternehmen sind hier auch Gesellschaften, die nicht Kapitalgesellschaften oder bergrechtliche Gewerkschaften sind. Der Begriff der Mehrheitsbeteiligung soll hier sinngemäß verstanden werden⁶⁴¹. Wie in Abs. 1 muß aber auch in Abs. 2 eine Aktiengesellschaft entweder beteiligte oder Beteiligungs-Gesellschaft sein.

c) § 19 V RegE bestimmt, daß, wenn eine AG und ein anderes Unternehmen (entsprechend § 18 I RegE nur Gesellschaften mbH oder bergrechtliche Gewerkschaften) wechselseitig beteiligte Unternehmen sind, sie sich außerdem unverzüglich die Höhe ihrer Beteiligung und jede Änderung schriftlich mitzuteilen haben. Abs. 5 verlangt also, wie Abs. 1 und 2, daß auf einer Seite eine AG beteiligt ist. Demgegenüber ging die Begriffsbestimmung in § 18 I RegE davon aus, daß auch zwei Gesellschaften mbH oder zwei bergrechtliche Gewerkschaften wechselseitig beteiligte Unternehmen sein können. Doch gilt auch § 316 RegE, der die Beschränkung der Rechte ausspricht nur, wenn eines der wechselseitig beteiligten Unternehmen eine AG oder KG auf Aktien ist⁶⁴², erfaßt dann allerdings auch ein mit der AG wechsel-

640) Obwohl § 18 I RegE eine solche WB erfaßt, allerdings nicht § 316.

641) Begr. zu § 19 RegE S. 105.

642) § 19 RegE erwähnt die KGaA nicht, gilt für diese entsprechend aber über § 267 III RegE. § 316 RegE erwähnte dagegen - wenn auch unnötigerweise - die KGaA.

seitig beteiligtes Unternehmen, das keine AG ist. Unternehmen im Sinne von § 19 V und § 316 RegE können aber nur Gesellschaften mbH oder bergrechtliche Gewerkschaften sein, § 18 I RegE. Rechtssystematische Bedenken gegen den Übergriff des AktG auf Unternehmen anderer Rechtsform haben hier, wo es um den Wirklichkeitswert der Vorschriften über wB geht, zurückzustehen, zumal, wenn, wie es beabsichtigt sein soll ⁶⁴³, das GmbHG zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend ergänzt werden soll.

Nach § 7 RegE e EG sind bei Inkrafttreten des neuen AktG bestehende Beteiligungen binnen eines Monats gemäß § 19 RegE mitzuteilen. Wechselseitig bei Inkrafttreten des neuen AktG beteiligte Unternehmen haben sich also auch die Höhe ihrer Beteiligungen mitzuteilen, was schon für § 6 RegE e EG unabdingbar ist.

Ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht löst allgemeine Rechtsfolgen aus, § 19 III RegE. Solange eine Mitteilung nicht erfolgte, darf das Stimmrecht aus der Beteiligung nur für einen Teil der Beteiligung ausgeübt werden. Bedeutsamer sind die im Rahmen der Vorschriften über wB gemäß § 316 RegE und § 6 RegE eines EG dem nicht mitteilenden Unternehmen drohenden Rechtsfolgen.

Gegen die vorgesehene Mitteilungspflicht sind vielfach Bedenken erhoben worden. Auf sie soll nicht eingegangen werden. Für eine Beschränkung wB ist sie unentbehrlich.

7. Berichts- und Auskunftspflichten

Wechselseitig beteiligte Unternehmen werden in die für "verbundene Unternehmen" (§ 15 RegE) geltenden Berichts- und Auskunftspflichten einbezogen. Über rechtliche und geschäftliche Beziehungen zu einem wechselseitig beteiligten Unternehmen ist im Geschäftsbericht (§ 148 II Nr. 10 RegE) und dem Aufsichtsrat (§ 87 I und III RegE) zu berichten und in der HV Auskunft zu erteilen (§ 125 I RegE). Es ist über geschäftliche Vorgänge bei einem wechselseitig beteiligten Unternehmen zu berichten, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluß sein können (§§ 87 I, III; 148 II Nr. 10 RegE). Weiter ist im Geschäftsbericht immer das Bestehen einer wB anzugeben (§ 148 II Nr. 3 RegE). Ihre Höhe braucht nicht mitgeteilt zu werden, obwohl sie den Gesellschaften bekannt sein muß (§ 19 V RegE). In der HV kann Auskunft über die Höhe sowie über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu einem wechselseitig beteiligten Unternehmen verweigert werden, wenn ihre Erteilung der Gesellschaft oder dem wechselseitig beteiligten Unternehmen einen nicht uner-
643) Vgl. Kropff aaO S. 18.

heblichen Nachteil zuzufügen droht (§ 125 III Nr. 1 RegL). Innerhalb des neu vorgesehenen konzernrechtlichen Oberbegriffs "Verbundene Unternehmen" werden folgende Gruppen unterschieden: abhängige und herrschende Unternehmen, Konzerne und Konzernunternehmen (einheitliche Leitung), wechselseitig beteiligte Unternehmen und Unternehmen, die Vertragsteile eines Unternehmensvertrags sind. Der Begriff "Verbundene Unternehmen" soll nur rechtstechnische Zwecke erfüllen, d.h., für alle vier Gruppen geltende Vorschriften vereinfachen. Der Begriff soll und kann nicht als Umschreibung einer besonderen Gruppe von Unternehmen verstanden werden. Ist z.B. ein herrschendes Unternehmen mit einem dritten Unternehmen wechselseitig beteiligt, so ist das andere wechselseitig beteiligte Unternehmen keineswegs mit dem abhängigen Unternehmen "verbundenes Unternehmen"⁶⁴⁴. Für jede der unter dem neuen Begriff zusammengefaßten Gruppen als solche und damit für den Begriff der "verbundenen Unternehmen" ist aber "die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen zu einer gewissen höheren Einheit charakteristisch"⁶⁴⁵. Als Unternehmensverbindungen sollen sie im Interesse der freien Aktionäre und Gläubiger durch Publizitätsvorschriften, als die die besonderen Berichts- und Auskunftspflichten zu verstehen sind, "durchsichtig"⁶⁴⁶ gemacht werden. Die wB soll dieser weitgehenden Publizität unterworfen werden, weil sie eine "enge Vermögens- und herrschaftsrechtliche Beziehung" begründe, "die für Aktionäre und Gläubiger nicht ungefährlich" sei (Kropff⁶⁴⁷). Das wäre unbestreitbar richtig, wenn die wB nicht beschränkt würde. Die Beschränkung soll aber eigentlich gerade verhindern, daß gefährliche wB entstehen. Grundsätzlich nimmt die Grenzziehung bei 25 % der wB als planmäßiges Mittel bereits koordinierter Unternehmen zur Erreichung rechtspolitisch unerwünschter Ziele die Tauglichkeit und läßt, was nicht planmäßige wB betrifft, keine wB zu, die zwingend eine allgemeine Verständigung bedingen würden. Und ohne Verständigung kann von einer irgendwie gearteten höheren Einheit wirtschaftlicher koordinierter Art nicht gesprochen werden. Einer planmäßigen wechselseitigen Verflechtung, die auch in "ungefährlicher" Höhe stets Verwaltungsstimmrecht schafft, steht § 316 RegE entgegen; diese Bestimmung erreicht, daß in der Regel ein Unternehmen - das zuerst erwerbende und mitteilende - unbeschränkt das andere beschränkt wird. Das zu erwartende Ungleichgewicht erschwert die Verständigung über die planmäßige Begründung wB. Das einverständliche Unterlassen der Mitteilung führt auf der anderen

644) Vgl. RegE Begr. zu § 15 S. 100.

645) So Rasch, Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960, S. 40.

646) RegE Begr. S. 95.

647) aaO S. 18.

Seite zu beiderseitiger Beschränkung. Sieht man deshalb von dem mit einiger Wahrscheinlichkeit nach dem RegE selten zu erwartenden Fall einer trotz § 316 erfolgenden planmäßigen Begründung wB ab, so ist nicht einzusehen, wie es nach der Konzeption der Verfasser des RegE zu einer engen herrschaftsrechtlichen Beziehung zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen kommen soll. Erwirbt ein Unternehmen eine Beteiligung von 35 % an einem anderen Unternehmen, so ist es weder herrschend noch sonst mit diesem "verbunden". Es unterliegt keiner besonderen Publizität. Erwirbt nun dieses andere Unternehmen eine Gegenbeteiligung, z.B. von 30 %, so kann es Rechte nur für 25 % ausüben. Mit diesen 25 % kann es zwar qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse verhindern und dadurch gewisse Zugeständnisse erreichen, nicht aber eine allgemeine Verständigung herbeiführen. Allerdings wären konzernrechtliche Berichts- und Auskunftspflichten gerechtfertigt, weil trotz der Grenzziehung bei 25 % die Bestimmungen über den Zuerwerb, über die Möglichkeit, durch einseitige Beherrschung von der Beschränkung frei zu werden, sowie die Bestimmungen über wechselseitige Abhängigkeit die Begründung wB nicht ausschließen bzw. ihren Abbau nicht erreichen und im Gegenteil einen beiderseitigen Kampf um die Mehrheit und gegenseitige Verständigung bei drohendem beiderseitigem Rechtsentzug wahrscheinlich machen. Die Betrachtung der im RegE vorgesehenen Regelung hatte dies befürchten lassen. Hinzu kommt, daß die Berichts- und Auskunftspflichten auch bestehende wB treffen, die in einer Höhe weiter bestehen dürfen, die eine Verständigung bedingen kann, selbst wenn sie nicht planmäßig geschaffen sein sollten und so in jedem Fall zu Verwaltungsstimmrecht führen würden. Was wechselseitige Mehrheitsbeteiligungen betrifft, so zerstört der beiderseitige Entzug der Rechte zwar jede Unternehmensverbindung außer der rein dinglichen, die jedoch ohne Stimmrecht keinen wechselseitigen Einfluß ermöglicht. Die Möglichkeit, durch teilweise Veräußerung die wB auf nicht beherrschende Höhe zu vermindern und dadurch ein wechselseitiges Stimmrecht von 25 % zu erreichen, besteht aber auch hier, wobei auch hier die Neutralisierung von Stimmrecht zu einer erhöhtem Einfluß führt, die die Gefahr einer Verständigung verstärkt.

Im übrigen spricht noch folgende Überlegung für Berichts- und Auskunftspflichten. Besteht trotz der Beschränkung der Rechte bei wechselseitig beteiligten Unternehmen eine gewisse Koordination und damit rechtliche und geschäftliche Beziehung, so ist es im Interesse der freien Aktionäre und Gläubiger wünschenswert, wenn diese der konzernpublizität unterliegen. Bestehen keine solchen Beziehungen,

so sind die wechselseitig beteiligten Unternehmen durch die gleichwohl bestehenden Berichts- und Auskunftspflichten auch nicht beschwert. Berichts- und Auskunftspflichten sind daher wohl im Interesse der Rechtssicherheit gerechtfertigt.

8. Zusammenfassung und eigene Vorschläge

1) Die grundsätzliche Entscheidung des RegE für eine Begrenzung der Zulässigkeit wB sowohl aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung als auch dem der Kräfteverschiebung auf eine bestimmte Höhe ist richtig.

Angebracht wäre allerdings auch eine Einbeziehung von Dreiecks- und Zirkularverhältnissen. Diese würde hinsichtlich ihrer praktischen Verwirklichung aber auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Die Pflicht, einem anderen Unternehmen den Besitz einer bestimmten Beteiligung an ihrem Grundkapital mitzuteilen, kann nachweisbar nur die Kenntnis wB begründen, nicht dagegen die Kenntnis von Ringbeteiligungen.

2) Auch die starre Grenzziehung ist angebracht.

Allerdings wäre die Einbeziehung wB zwischen Unternehmen, die von dem gleichen oder verschiedenen Unternehmen abhängig sind, in den der Beschränkung unterworfenen Kreis wB nicht gerechtfertigt, wenn diese Beschränkung - wie es praktisch der RegE vorschlägt - ausschließlich auf den Gesichtspunkt der Kräfteverschiebung abstellt und die Gefahren für das Grundkapital zurückstellt, also insbesondere den weiteren Zuerwerb erlaubt und damit wB unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und -erhaltung erst durch die Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen erfassen will.

3) Die Grenzziehung bei 25 % ist notwendig, aber auch ausreichend.

4) Was den Inhalt der Beschränkung betrifft, ist die Regelung des RegE widersprüchlich und unklar:

a) Der Entzug der Mitgliedschaftsrechte sollte im Falle wechselseitiger Minderheitsbeteiligungen (§ 18 I iVM § 316 RegE) und im Falle wechselseitiger Abhängigkeit parallel geregelt werden. Die Begünstigung bei wechselseitigen Mehrheitsbeteiligungen bzw. wechselseitigen - für sich betrachtet - beherrschenden Minderheitsbeteiligungen ist nicht gerechtfertigt.

Es wäre hierbei zu beachten, daß auf der anderen Seite wechselseitige Abhängigkeitsverhältnisse und einseitige Abhängigkeitsverhältnisse nicht parallel beschränkt werden dürften: so wäre etwa der Entzug des Dividendenrechts bei nicht auf Beteiligung beruhender Abhängigkeit nicht gerechtfertigt.

b) Widersprüchlich ist der Entzug des Bezugsrechts aus dem 25 % übersteigenden Anteilsbesitz im Hinblick darauf, daß ein beschränktes Unternehmen weitere Aktien des anderen Unternehmens auch im Falle einer Kapitalerhöhung zwecks Zuführung neuer Mittel laut

Begründung des RegE übernehmen dürfen soll - und das wohl auch, soweit diese neuen Aktien auf den 25 % übersteigenden Anteilsbesitz, also die insoweit beschränkten Anteile, entfallen.

c) Nicht gerechtfertigt wäre der Entzug des Bezugsrechts auch deshalb, weil es dem insoweit beschränkten Unternehmen - das also faktisch an der weiteren Übernahme neuer Aktien gehindert wäre - nicht untersagt sein soll, weitere Anteile von Dritten zu erwerben. Übernahme und Erwerb von Anteilen sollten parallel geregelt werden.

d) Wenn der RegE den Zuerwerb weiterer Anteile nicht ausschließen will, läßt er dabei aber schon die Bedenken außer acht, die gegen wB aus dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung (sowie der mißbräuchlichen Ausnutzung der Erwerbsmöglichkeit bei Koordination) bestehen.

e) Erwogen werden sollte auch, ob nicht der Erwerb eigener Aktien - wie im Falle der wechselseitigen Abhängigkeit, § 68 I RegE - vom Bestehen einer wB abhängig gemacht werden sollte, ob also etwa nicht, um eine verhältnismäßige Zurechnung zu vermeiden, der Höchstsatz eines ausnahmsweisen zulässigen Erwerbs eigener Aktien bei Bestehen einer wB gemindert oder der Erwerb eigener Aktien auf einen engeren Kreis von Ausnahmefällen beschränkt werden sollte.

5) Gegen die Regelung über das Verhältnis von wB und einseitiger bzw. wechselseitiger Abhängigkeit ist gesetzestechnisch folgendes einzuwenden:

a) Die unwiderlegliche Vermutung der Abhängigkeit in § 18 II sollte lediglich an den Besitz einer Mehrheitsbeteiligung anknüpfen und nicht auch an die Feststellung einseitiger Beherrschung im Falle einer Minderheitsbeteiligung. Sie ist in diesem Falle sinnlos. So ist sie auch in § 16 II, der diese unwiderlegliche Vermutung allgemein (ohne Berücksichtigung wB) ausspricht, nicht enthalten.

b) Die Fiktion wechselseitiger Abhängigkeit sollte an den Besitz einer Mehrheitsbeteiligung und an den Besitz einer für sich betrachtet beherrschenden Beteiligung anknüpfen und in der genannten 2. Alternative nicht Feststellung wechselseitiger Beherrschung verlangen. Es könnte in der Begründung klargestellt werden, daß bei dieser hypothetischen Feststellung wechselseitiger Abhängigkeit (auf dem Weg isolierter Betrachtung beider Unternehmen) Umstände mit zu berücksichtigen seien, die etwa für einseitige Abhängigkeit sprechen.

6) Von entscheidender Bedeutung ist aber, daß die Bestimmungen des RegE über den Zuerwerb von Anteilen, über die Möglichkeit durch einseitige Beherrschung von der Beschränkung frei zu werden und über

die wechselseitige Abhängigkeit mit einiger Wahrscheinlichkeit den Zielen des RegE, nämlich

1. unmittelbar den Einfluß der Verwaltungen aus wechselseitigen Beteiligungen einzuschränken und
2. mittelbar zu erreichen, daß neue wB nicht begründet und gleichwohl entstandene wB beschleunigt abgebaut werden, nicht gerecht werden.

a) Jeder Zuerwerb - auch ein unentgeltlicher - erhöht auch bei Ausschluß des Stimmrechts durch Neutralisierung des Stimmrechts die Einflußmöglichkeit des nicht beschränkten Anteilsbesitzes von 25 % und führt damit im Falle gegenseitiger Verständigung oder weitergehender Koordination zu einem verstärkten Einfluß auf die HV (der jeweils anderen Gesellschaft).

b) Die annähernde Chancengleichheit beider Unternehmen - in dem Regelfall, daß ein Unternehmen nur beschränkt ist -, durch Erlangung einseitig beherrschenden Einflusses aus der Beschränkung frei zu werden, wird mit einiger Wahrscheinlichkeit weder die Begründung wB durch Erwerb einer Gegenbeteiligung (auch in Erwartung der Beschränkung) verhindern noch den Abbau der wB durch Veräußerung von Seiten des beschränkten Unternehmens erreichen.

c) Bei dieser Lage wird der im Falle wechselseitiger Abhängigkeit drohende völlige Entzug der Rechte eine ggs Verständigung begünstigen, da beide Unternehmen, sollten ihre Bemühungen um einseitige Beherrschung fehlschlagen oder gleichwohl wechselseitige Abhängigkeit (durch deren Fiktion bei wechselseitig für sich betrachtet beherrschenden Beteiligungen) drohen, eher zur Koordination als zum völligen Verzicht auf jedes Stimmrecht bereit sein werden, zumal der dadurch mögliche Einfluß auf die eigene HV den Verwaltungen im allgemeinen erwünscht sein wird und zwar auch, wenn die Einflußmöglichkeiten ungleich stark sind. Es kommt hinzu, daß das beschränkte Unternehmen durch den Zuerwerb seine relative Stimmenmacht erhöhen kann und diese erhöhte Stimmenmacht dem geschützten Unternehmen bei Koordination als erhöhter Einfluß auf die eigene HV zugute kommt.

7) Die Regelung des RefE entsprach den Zielen der Entwürfe besser. Abgesehen davon, daß § 286 RefE den Zuerwerb von Aktien untersagte, bewirkte die Klausel des § 18 II 2 RefE, daß das zuerst erwerbende Unternehmen, also das in aller Regel geschützte Unternehmen, praktisch ungehindert durch das andere Unternehmen seine Beteiligung zu einer beherrschenden ausbauen hätte können, während ein solches Unterfangen für das beschränkte Unternehmen nahezu aussichtslos

erscheinen hätte müssen. Es hätte also weder Chancengleichheit bestanden noch hätte die Bestimmung über wechselseitige Abhängigkeit eine Koordination begünstigt; denn das geschützte Unternehmen hätte beiderseitige Abhängigkeit, also einen völligen Entzug der Rechte, kaum zu befürchten gehabt.

Gegen die Klausel des § 18 II 2 RefE spricht aber, daß ein Unternehmen, dem eine 25 %ige Beteiligung mitgeteilt worden ist, faktisch ohne die Möglichkeit einer Gegenwehr in der Hand des zuerst erwerbenden Unternehmens wäre. Dieses Ergebnis könnte mit dem Schutz des zuerst erwerbenden Unternehmens vor jeder zukünftigen Beherrschung durch das andere Unternehmen nicht gerechtfertigt werden. Dieser Gesichtspunkt dürfte nicht zu einseitiger Begünstigung führen.

8) Der einzig mögliche Ausweg zur Erreichung der Ziele der Entwürfe bei gleichzeitiger Vermeidung der wahrscheinlichen Wirkungslosigkeit des RegB und der unerwünschten Wirkung des RefE wäre folgende Regelung:

Das eine Gegenbeteiligung erwerbende Unternehmen müßte durch diesen Erwerb erreichen können, daß auch das zuerst erwerbende Unternehmen aus seinem 25 % übersteigenden Besitz beschränkt wird. Der Entzug der Rechte aus dem 25 % übersteigenden Anteilsbesitz müßte so bei Vorliegen einer wB für beide Unternehmen angeordnet werden. Der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, mit dem die Entwürfe eine Beschränkung des zuerst erwerbenden und mitteilenden Unternehmens ablehnten, bliebe hier allerdings unberücksichtigt. Aber es würde doch wohl auch die Rechtssicherheit verletzen, wenn eine Regelung, wie die des RegE, eine Koordination durch Verständigung mit den typischen Gefahren für die freie Willensbestimmung der HV nicht konsequent ausschlosse. Es war ja auch die "Rechtssicherheit", die die Entwürfe eine "starre" Grenzziehung zwischen ungefährlichen und gefährlichen wB ziehen ließ.

Um in Verbindung mit einer solchen Bestimmung sowohl einen beiderseitigen Kampf um die Mehrheit - wie er durch die Möglichkeit, mittels Erwerbs einer Mehrheitsbeteiligung beherrschendes Unternehmen zu werden, gleichwohl bestünde - wie auch die bei Verständigung durch die Neutralisierung von Stimmrecht mittels Zuerwerbs gegebene Möglichkeit erhöhten Einflusses auf die HV auszuschließen, wäre es erforderlich, eine weitere Übernahme von Aktien, soweit sie auf den 25 % übersteigenden Anteilsbesitz entfallen, sowie einen weiteren Zuerwerb zu verbieten und dieses Verbot durch wirksame

Rechtsfolgen zu ergänzen. Es wäre auch daran zu denken, Veräußerungsauflagen festzusetzen. Die Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen behielten alsdann Bedeutung nur noch für bestehende wB und für Veränderungen des Anteilsbesitzes, die durch die Beschränkungen nicht getroffen werden könnten, also etwa Zuerwerb durch Gesamtrechtsnachfolge oder "Zuerwerb" durch Zurechnung von Anteilen eines anderen Unternehmens, über das ein wechselseitig beteiligtes Unternehmen beherrschenden Einfluß erlangt.

9) Die Übergangsregelung des RegE für bestehende wB ist in der Zielsetzung zu billigen. Die Regelung sollte - soweit die Vorschriften über herrschende und abhängige Unternehmen nicht anwendbar sind - allerdings wirklich nur verhindern, daß die wB nicht "erhöht" werden. Ein die Beteiligung quotenmäßig erhöhender Zuerwerb sollte also ausgeschlossen werden. Dagegen sollte die Übernahme neuer Aktien, die die "Beteiligung", bestimmt durch das Verhältnis des Gesamtnennbetrags der Anteile zum Nennkapital, nicht erhöht, allgemein und nicht nur bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gestattet werden.

10) Die Mitteilungspflicht des § 19 RegE sollte entsprechend der gegen den RegE vorgeschlagenen Regelung ausgestaltet werden: d.h. es wäre zu erwägen, ob nicht die allgemeinen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Mitteilungspflicht verschärft werden sollten, da die besonderen Rechtsfolgen des § 316 RegE wegfallen würden und § 19 III keine schärferen Rechtsnachteile androht, als die gegen den RegE vorgeschlagene Beschränkung wB als solche aussprechen würde.

11) Die Berichts- und Auskunftspflichten sind zweckmäßig und würden auch bei der gegen den RegE vorgeschlagenen Regelung zu empfehlen sein.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 28.3.1936 in Dortmund als Sohn des Versicherungsdirektors Werner Nierhaus und seiner Ehefrau Serena, geb. Schönfeld, geboren. Ich besuchte Oberrealschulen in Starnberg, Hamburg und Garmisch-Partenkirchen, anschließend das Alte Realgymnasium in München, in dem ich 1954 mein Abiturientenexamen machte.

Im Wintersemester 1954/55 begann ich mein juristisches Studium an der Universität Tübingen. Ab dem 4. Semester studierte ich an der Universität München. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich im Sommer 1958. Im Oktober 1958 begann ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar in der bayerischen Justiz.

Fedor Nierhaus

